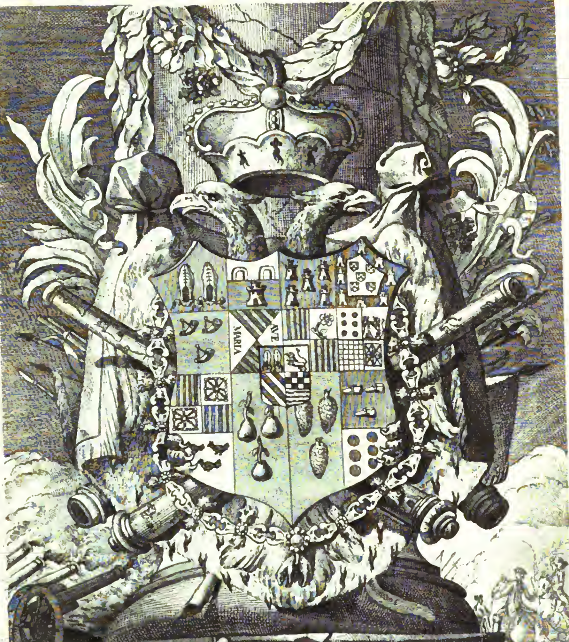
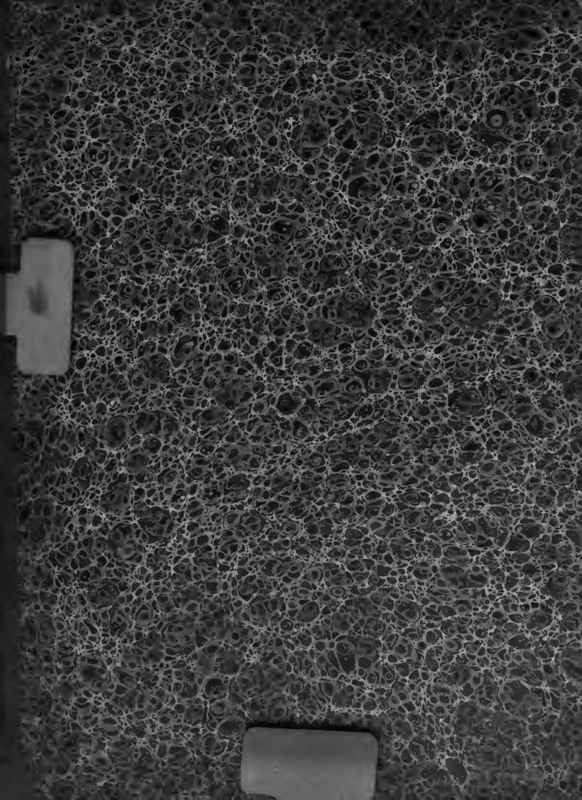
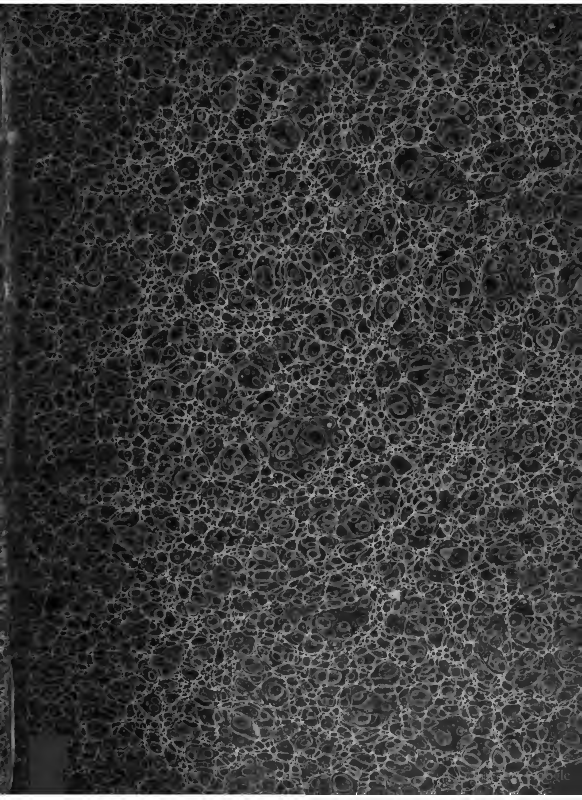


MANUEL MONFORT, I





UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
5324691996

FACULTAD
SECRETARIA
DE DERECHO

2 — V

2 — V

SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
U. C.

ARNOLDI VINNII J C.

IN QUATUOR LIBROS INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

ACADEMICUS, ET FORENSIS,

JO. GOTTL. HEINECCIUS JC.

Recensuit, & Præfationem Notulasque adjecit.

EDITIO NOVISSIMA

Correcta secundùm Indicem Expurgatorium Hisp. an. 1747.

cui accedunt ejusdem VINNII

QUÆSTIONES JURIS SELECTÆ:

Cum Indicibus locupletissimis.

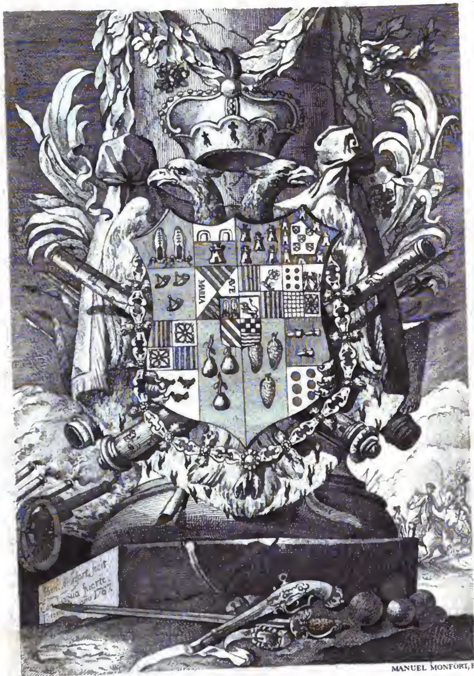
TOMUS PRIMUS.

CUM LICENTIA REGII ET SUPREMI CONSILII.

VALENTIÆ:
Apud Benedictum Monfort, anno M. DCC. LXVII.

61999269

FACULTAD
(SECRETARÍA)
DE DERECHO



MANUEL MONFORT, F.

EXCELLENTISSIMO
AC NOBILISSIMO DOMINO
D. PETRO PAULLO
DE ABARCA ET BOLEA,
XIMENIO DE URREA,

ALAGONI, PONCIO MENDOZIO,

BOURNONVILIO, ET ERILIO,

BERMUDEZIO CASTRIO, BARDAXIO, OTOORNIO,

PEREZIO ALMAZANIO,

FERNANDEZIO DE HEREDIA ET HIIAR,

CASTRIO, ARAGONIO,

ZAPATAE, XIMENIO GALLOZIO,

PORTUGALIO, NAVAR[illegible]O,

COMITI ARANDE[illegible]

ET CASTELLI-FLORIDI; MAR- chioni Turrium, Villanti & Rupiti; Vicecomiti Ruedae, Viotae & Iochi; Baroni Gavini, Sietami, Clamosae, Eripolii, Trasmozii, Matae Castelli-Veteris, Antillonii, Almoldae, Cortesii, Iorbae, S.Genisii, Rebouilleti, Orcavi, ac S.Columbae Farnesii; Alcalateni Dynastae, Vallis Rodella-

* ris,

ris, Castrorum ac oppidorum Maellae Mesonum, Tiuranae & Villae-Planae; Tiradelli, & Viladravi, *cet.* Viro ab origine ultima Aragoniorum progenerato; Hispaniae Magnati Summi Ordinis; Equiti Velleris aurei torque insignito; Regis Cubiculario, Magno Exercituum Duci; Castellae Praetori, & Supremi Consilii & Camerae Praefecto meritissimo.

Ec gloriosius mihi quidquam, nec honorificentius accidere umquam poterat, EXCELLENTISSIME DOMINE, quam ut praestantissimi Arnoldi Vinnii *in Iustiniani Imperatoris Institutiones Commentarii typis meis, qua fieri potuit accuratione, & characterum nitore atque elegantia excusi, immortali TVO NOMINI dicati lucem adspicerent publicam. Equidem ex quo tempore opus hoc Supremi Castellae Senatus iussu in me recudendum recepi, ex eo solo scilicet tempore (quo Valentina nostra urbs scientiarum omnium arx ac domicilium TVO adspectu, acquisi-* mo-

moque gubernatu fruebatur) nihil magis in votis mihi fuit, quam ut hic Auctor tanti Maecenatis patrocinio suffultus in manus studiosorum veniret. Quum vero TIBI, VIR EXCELLENTISSIME, propositum meum minime displicuisse intelligerem (quae TUA humanitas est) occasionem hanc velut e caelo delapsam avidissime adripui. Nam, ut verum fatear, nemo unus est, cui hoc opus potiori jure debeatur, quam TIBI. Si enim operis praestantia spectetur, nemo tam rerum omnium ignarus reperietur, qui non Vinnio *palmam prae reliquis Iustiniani interpretibus concedendam ultro fateatur, cum ob ingenii acumen & in extricandis legum nodis dexteritatem; tum ob Latini sermonis munditiem & antiquitatis cognitionem, quis facem praefert addiscentibus. Si vero utilitas, quam inde in rempublicam litterariam & emanasse iam pridem, & in posterum redundaturam speramus, ponderetur; infinitum esset, tot recensere viros Hispaniae nostrae lumina (ut de exteris nihil nunc dicam) qui huius Commentarii subsidio in Iure peritissimi evasere. Cuius rei luculentissimum est testimonium, quod nulla fortassis in Hispania Academia est, in quam* Vinnius *summo omnium plausu non sit admissus, studiosorumque diurna nocturnaque manu versetur. Atque ex hac Iurisprudentiae aurifodina, tamquam ex equo Troiano, tot prodeunt in dies caussarum patroni, tot Iurisprudentiae Sacerdotes, quos reipublicae gubernaculis admoveri magno eius commodo videmus. Quod quum animadvertissent Regii Castellae Dicasterii Senatores, viri gravissimi, & Regni utilitati rerumque nostrarum incremento pro*

virili consulentes, huius editionis provinciam mihi demandarunt, ut ne Auctorem Iuris curriculo in Scholis conficiendo destinatum multo aere adolescentes sibi comparare cogerentur. Quare nemo mihi iam aut temeritatis, aut impudentiae notam inuret, si Auctorem sapientissimi Senatus iussu editum, auctoritate munitum, TIBI, EXC. ac Illustrissime DOMINE, dicandum censuerim, qui merito caput eius a Rege nostro CAROLO III. *numquam satis pro merito laudando, es constitutus. Quod si tantis his doctissimorum Patrum sententiis TUUM etiam accederet patrocinium, non dubitabam, quin maiori esset in pretio* Arnoldus Vinnius *apud omnes sacratioris Iurisprudentiae professores, quibus ad hanc Spartam studiosius in posterum ornandam acriores stimulos iniecisti. Omnes vero quotquot litterarum studia complectuntur, TUO isto ad fovendas Musas animo devinxisti, & veluti signum aliquod ad bene de republica sperandum sustulisti. Equidem princeps ille ingenii & doctrinae Plato tum fore beatas respublicas putavit, si aut docti & sapientes homines eas regere coepissent, aut ii qui regunt, omne suum studium in doctrina ac sapientia collocassent. Hanc communionem scilicet potestatis ac sapientiae saluti censuit civitatibus esse posse. Nunc quidem reipublicae nostrae contigit, ut is in ea magnam haberet potestatem, cui in doctrina, cui in virtute atque humanitate percipienda plurimum a pueritia studii fuisset & temporis. Nam in Parmensi illo orbis terrarum celeberrimo Athenaeo sciunt omnes, quae ingenii lumina ostenderis, quum quinquenii spatio eos in litteris feceris progressu, ut*

ha-

brevi omnibus disciplinis, quibus puerilis aetas impertiri solet, eruditus evaseris. Inde digressus, maiora animo agitando, nihil non rerum sategisti, ut eas artes, quae tum in bello, tum in pace plurimum adferunt & decoris & adiumenti, Politicen, Mathesin, ac disciplinam Militarem TIBI comparares. Et, ut nihil eorum, quae homine liberaliter educato digna sunt, desiderari posset, Achillem illum Homericum imitatus,

Qui mores hominum multorum vidit & urbes.

Galliam, Italiam, Prussiam, Germaniam, maximam partem peragrasti, copiosamque ex illis itineribus scientiae qua civilis, qua militaris, supellectilem ad bene de republica sperandum domum attulisti. Non enim alia fini tot labores exantlandos suscepisti, quam ut cum civibus TVIS communicares, quidquid in via elegantius occurreret, aut fando tuam ad notitiam perveniret. Quare dignus TV fuisti existimatus, quo potissimum ad Lusitanicam & Polonicam Legationes obeundas sapientissimus Rex noster uteretur. In quibus ita te gessisti, ut & Principis commodis inservires, & Nationis nostrae gloriam apud illas gentes tuendam amplificandamque susciperes. Huiusmodi theatra TVIS virtutibus nactus celebritate refertissima, magnitudine amplissima, id effecisti, non modo ut his rebus dignus fuisse, sed etiam ut illa omnia tuis artibus superasse viderere.

Quid vero nunc memorem TVA in rebus bellicis praeclara facinora iam per omnium ora volitantia, quae cum vetustis saeculis & cum omni audeant fortiter antiquitate contendere? Latissimus mihi patebat campus excurrendi per

TVAS

TVAS laudes, niſi eas vererer culpa deterere ingenii. Vellem ea mihi eſſet dicendi copia, ut oſtendere tentarem, nullius umquam veterum nec laureas, nec auratos currus cum TVIS poſſe rebus factiſque prorſus immortalibus comparari. Equidem diſſimulari ſine piaculo non poteſt, qua alacritate, quo ardore animi nondum ſextum & decimum egreſſus annum militari ſacramento te adſtrinxeris. Illud vero admirationem omnibus incutiebat, quod iam in illa iuvenili aetate magnam rei militaris peritiam non minori temperatam prudentia prae TE ferres: adeo ut non ſolum aetatis TVAE cum primis comparare, ſed ne de maioribus natu quidem quiſquam anteferretur. Nulla res maior ſine TE gerebatur, quippe cuius neque conſilium, neque incoeptum ullum fruſtra erat. Celeriter quae opus erant, reperiebas: neque minus in rebus gerendis promtus, quam excogitandis eras: quo factum eſt, ut novis ſemper muneribus dignus putareris. Quod enim tantum ac tam ſingulare honoris genus reperiri aut excogitari poteſt, quod non TVAE virtuti rebuſque geſtis deberetur? Nonne in illa ad campum Sanctum pugna ſtrenuam operam navaſti, quum in ipſo pugnandi ardore, vincendique libidine, tametſi vulnere accepto, minime animo concidiſti, ſed in medios hoſtes irruens, alios truncando, alios fundendo, immenſas edidiſti ſtrages? Inde digreſſus cum delecta Caſtellae manu, cui imperabas, Bononia ac Neapoli perluſtrata, caſtra feciſti ad Velitras (CAROLI tropaeis inſignes) ubi hoſtes ſaepius laceſſiſti, qui ditionem illam crebris incurſionibus ac rapinis devaſtabant. Nihil nunc referam, quae Romae, quae Mutinae, quae

Ge-

Genuae, quae Mediolani praeclara gessisti. Alio me vocat TVA gloria, nempe ad Terdonensis arcis expugnationem, in qua singularem illam TVAM animi virtutem satis ostendisti, quemadmodum & Placentiae. Quum enim in urbem admotis scalis irrumpere necesse esset, TV primus, aut inter primos, timore omni abiecto, caput periculo obiectare non recusasti. Itaque victa est urbs tertium post diem, quo obsideri coepta fuerat. Ticini expugnationi etiam interfuisti. Placentino bello, quamquam glande humero traiecto, dimicandi ardorem haud intermisisti. Denique in celebri illa ad Padum pugna D. Laurentio sacra die commissa omnem de TE vicisti exspectationem. Sed quid singula consector & colligo, quasi vero aut oratione complecti, aut memoria consequi possim, quae posteris TVIS si non imitanda, at saltim admiranda reliquisti? Nullius est tantum flumen ingenii, nulli tanta dicendi facultas, quae non dicam laudare, sed ne enarrare res TVAS gestas possit. Qui si Fabriciorum, Scipionum & Camillorum temporibus floruisses, cum illis certares de palma. Certe non minorem adeptus es gloriam, quum paucos ante annos bello Lusitanico praefectus es a Rege nostro. Disciplinae militaris, quae maxima in TE est, specimen superioribus diebus exhibuisti ad Manzanarem fluvium, qui Carpetanos agros adluit, magna Regis omniumque, qui spectaculo illi interfuere, approbatione atque plausu. Nam quum octo hominum millia & eo amplius illuc deducta fuissent, ut belli species adumbraretur, ea animi praesentia exercitui imperabas, ut qui disciplinae militaris peritiam habebant, non fictam rem, sed veram oculis

subiici

subiici crederent. Nam nihil fere eorum, quae in huiusmodi re accidere solent, praetermisisti. Nunc milites in acie dispositos ordines servare, opportuna loca occupare, fugientium terga comprehendere, fossam transilire, docebas: nunc aciem subito duplicare, quadratam repente constituere, in cuneum mutari, orbes instruere, & alia id genus multa. Quod praeterquam quod TUUM illum animum pugnandi avidum satis ostendit; maximo indicio est, te haud ignorare in omni praelio non tam multitudinem & virtutem indoctam, quam artem & exercitium solere praestare victoriam. Nulla alia re videmus, populum Romanum Orbem subegisse terrarum, nisi armorum exercitio, disciplina castrorum, usuque militiae. Hispanos quidem non tantum numero, sed etiam viribus corporum Romanis praestitisse, manifestum est. Quid ergo non iam sperare poterimus his temporibus, quum Exercitibus a Rege CAROLO Augusto semperque invicto sis praefectus

Ἀμφότερον βασιλεὺς τ' ἀγαθὸς, κρατερός τ' αἰχμητής,

ut de Agamemnone Achilles praedicabat apud Homerum.

Res postulare videbatur, ut de maiorum TUORUM rebus bello paceque praeclare gestis, deque natalium nobilitate, qui a SANCTIO illo ABARCA Vasconum Rege, multis nominibus claro, longe repetito stemmate derivantur, aliquid dicerem. Sed quamquam haec fortunae dona magni apud homines aestimari scio, praetermittenda censui. Nam (ut elegantissime cecinit Ovidius) genus & proavos, & quae non fecimus ipsi, vix ea nostra voco. TIBI vero nihil opus est, aliena merita aucupari, quum tot tan-

tis-

tiſque rerum maximarum inſignibus abundes, quae vel obſcuriſſimam familiam poſsint illuſtrare.

Nonne his meritis novos aliquos honores, novos titulos merebare? Igitur CAROLVS III. de quo, ut de Carthagine Salluſtius dicebat, ſatius eſt tacere, quam pauca loqui, TE exercitus Imperatorem, Regiique Caſtellae Senatus Praeſidem incredibili omnium laetitia delegit, ac publicae ſalutis gubernaculis admovit. Quae quidem omnia qua benignitate, qua diligentia exerces! Hoc tantum ceteris maior, quo melior. Ad hoc tam adſiduus in publica utilitate dies noctеſque procuranda, ut labore ipſo refici ac recreari videare. Videmus, ut populorum deſideriis, ſingulorumque etiam hominum precibus occurras. Nulla in audiendo difficultas, nulla in reſpondendo mora: adeunt ſtatim, dimittuntur ſtatim. Ipſe autem ut excipis omnes! ut exſpectas! ut magnam partem dierum inter tot reipublicae curas quaſi per otium tranſigis! Denique Nullum remittis tempus, neque TE reſpicis. Unde minime mirandum eſt, ad conſpectum TVI, tamquam ad ſalutem ſanitatemque prorepere alacrem hinc atque inde populum fauſta TIBI omnia acclamantem: cuius ſuaviſsima facies & amabilis vultus in omnium civium ore, oculis, animo ſedet. Omnes redundantem & foras erumpere geſtientem laetitiam oſtendere concupiſcunt. Nemoque reperietur aequus rerum aeſtimator, qui non CAROLO noſtro bene precetur, quod difficillimo tempore TIBI reip. ſummam tradiderit, ut ferocientes animos ac freni impatientes compeſceres. Id quod facillime es adſequutus humanitate TVA ac prudentia ſin-

gulari. Omnia reip. vulnera ſanaſti, quibus praeter TE mederi nemo poterat. Quare omnes TE, qui haec omnia ſalva eſſe volumus, & hortamur & obſecramus, ut vitae, ut incolumitati TVAE conſulas. Et ſi in promerendo, ut TIBI tanti honores haberentur, quanti haud ſcio an nemini, fuiſti omnium diligentiſsimus, multo maiorem in his honoribus tuendis adhibeas diligentiam. Id autem eſt huiuſmodi, ut conſulas omnibus, ut medeare incommodis hominum, provideas ſaluti, ut TE Parentem & dici & haberi velis.

Accipe igitur, VIR EXCELL. benigna fronte hos Arnoldi Vinnii *Commentarios meae in TE obſervantiae & in rempub. litterariam benevolentiae teſtes: atque effice, ut reliquis TVIS inſignibus ornamentis TVVM etiam in omnes, qui de Muſis quoquo modo bene mereri ſtudent, patrocinium adnumeretur.*

Deum Opt. Max. veneror, ut TE diutiſsime ſervet incolumem. Valentiae Edetanorum. III. Kalend. Sextiles. Anno Domini M. DCC. LXVII.

EXCELLENTISSIMO NOMINI TVO

Devotiſsimus,
BENEDICTVS MONFORTIVS,
Typographus.

TYPOGRAPHVS AD LECTOREM.

ARNOLDI VINNII Commentariorum editionem pulcherrimam ab omnibus in regione nostra litterarum, ac Iuris civilis praecipuis cultoribus iam diu equidem exoptatam, offero tibi, Lector erudite. Notum tibi est, quantam in hoc scriptionis genere laudem meruerit, & quot ad Iurisprudentiam attulerit praesidia eximius iste Iureconsultus; at non minori laude dignos esse puto cunctos Regii Castellae Dicasterii Senatores integerrimos, quorum singulari beneficio & auctoritate factum est, ut in lucem haec prodiret editio characteribus & chartae nitore ceteris longe praestantior & emendatior. Ab hoc praeterea supremo ac prudentissimo Senatu, non modo mihi concessa est facultas quosdam libros edendi, ex quibus non nihil emolumenti ad officinae onera sustinenda obvenire posset: sed magno omnium commodo sancitum est, ut ne aliunde in Hispaniam libri exportarentur, quorum recens in ea facta esset editio. Quare numquam satis pro merito gratias agere poterimus, quotquot hanc artem profitemur, tam prudentissimis & in nos beneficentissimis viris. Equidem nihil excogitari potest aptius, nihil praestantius ad Typographicam artem nitori suo restituendam, quam si exteris librorum nundinatoribus aditus praecludatur, qui mercimoniis suis emundis vendundisque laeti lucris facti, hinc discedunt magno nostratium detrimento. Nam non modo crumenas emungunt; sed (quod gravius est) libros adeo mendis deformant & constuprant, ut vi-

deantur nobis velle repraesentare Deiphobum illum Virgilianum,

.... *Lacera crudeliter ora*

Ora manusque ambas.

Ceu facile apparebit, si Iuris nostri antesignani in Hispania recusi cum exemplaribus & Lugduni & Venetiis recensitis vel obiter conferantur. Has ergo ob caussas praesens opus in adolescentum gratiam, qui in hac Valentina Academia omnium longe praestantissima Caesareo Iuri strenuam navant operam, VINNII *Commentarios* Typis nitidissimis impressos & quam castigatissimos damus, in quo nec sumtui, nec labori pepercimus. De auctore nostro supervacaneum esset ulla verba facere, quod nemo unus profecto sit vel mediocriter eruditus, quem lateat, VINNIUM in hoc scriptionis genere omnes Iustiniani Institutionum interpretes longo post se intervallo reliquisse, ut fatentur omnes cultiores Academiae, in quîs VINNIUS studiosorum manibus dies noctesque teritur: illeque se profecisse scit, cui VINNIUS valde placet. Accipite igitur adolescentes Themidis alumni munus hocce. Quod si vobis meam industriam probari intellexero, dabo operam, ut brevi lucem adspiciant Iustiniani Institutiones cum ipsius VINNII aureis *Notis*, & quantivis pretii. Nunc fidem liberamus, qua sumus obstricti, dias in luminis horas edendi CARLEVALII libros de *Iudiciis*, opus mira concinnitate ac ordine elaboratum. Quae ornamenta eo sunt admiranda magis, quod raro inveniuntur in id genus lucubrationibus. Postea, favente Deo, alia minime vulgaria minimeque iniucunda, Lector erudite, animo agitabimus. Nunc fave atque VALE.

LE-

LECTORI

S. P. D.

JO. GOTTL. HEINECCIUS.

CUM multa à viris etiam doctissimis reprehendi solent in operosa illa ac præclara Justiniani legislatione; tum sæpenumero quibusdam mirari contingit, atque etiam stomachari, quod Imperator, illa perfecta, Jureconsultis leges interpretandi illustrandique facultate, tanquam aqua & igni, interdixerit, eosque ad conficienda admonitoria, παράτιτλα atque indices improvido consilio damnarit (a). Legum enim interpretationem tam credunt plerique necessariam, ut ea civitatem non facilius, quam ipsis legibus, carituram, officiumque Jurisconsultorum sine illa præclara facultate inane atque infructuosum Reipublicæ futurum, arbitrentur. Qua fronte inquiunt, JCti sustinebit nomen, qui leges nescit? Leges autem quo pacto scire se dixerit, qui verba earum tenet, non vim ac potestatem? (b) Vim denique ac potestatem legum an quisquam, quantacumque sit ingenii perspicacia, adsequetur, si non modo interpretationes nullæ exstent, verum etiam iis, qui hanc Reipublicæ operam navare cupiunt, grave ex lege Cornelia judicium immineat? (c) Accedit, quod quum nulla lex, nullumque SCtum, teste Juliano, (d) ita scribi possit, ut omnes, qui quandoque inciderint, casus comprehendant, imperfectam admodum ac veluti macilentam esse oporteret jurisprudentiam, nisi illi succus ac sanguis ex interpretatione prudentum accederet. Denique & experientiam, rerum omnium Magistram, Romanos docuisse existimant, hac Jureconsultorum opera rempublicam carere non posse. Sane enim quid artificiosius unquam scriptum fuisse dicamus, quam illum XII. Tabularum libellum, cujus νομοθεσίαν βραχέως καὶ ἀπερίττως συγκειμένην & posteri, teste Diodoro Siculo (e) unice sunt admirati; quem Crassus apud Ciceronem (f) *omnibus omnium Philosophorum bibliothecis* anteposuit, quem denique Livius (g) *fontem universi publici privatique juris*; & Tacitus, (h) scriptor πολιτικώτατος, *finem æqui juris* vocare non dubitavit? Et tamen his legibus latis, statim cœpit necessaria videri interpretatio prudentum disputatioque fori, (i) eique unicè acceptum ferimus, quod Jurisprudentia Romana in tam augustam atque admirabilem disciplinam effloruerit. Quod si autem ea JCtorum diligentia carere non potuit civitas, quum exiguum illud legum Decemviralium corpus, tam elegante atque absoluta brevitate verborum compositum, (k) in foro regnaret: qui fieri, quæso, posset, ut opus Justinianeum diffusissimum, atque ex innumeris variorum auctorum fragmentis consutum sine in-

(a) Constit. *De auctore.* §. 12. *de concept. Dig.*
(b) *L.* 17. *ff. de legib.*
(c) Const. *Tanta,* §. 12. *de conf. Digest.*
(d) *L.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *ff. de legib.*
(e) Diodor. Sicul. *lib.* 12. *cap.* 26.
(f) Cic. *de Oratore, lib.* 1. *cap.* 44.
(g) Liv. *lib.* III. *cap.* 34.
(h) Tacit. *Annal. lib.* III. *cap.* 27.
(i) *L.* 2. §. 5. *ff. de orig. jur.*
(k) Gell. *Noct. Att. lib.* 20. *cap.* 1.

interpretum commentariis ab ullo mortalium intelligatur? Quam multa enim in eo sunt subtilia? quam multa abstrusa? Quantum ubique veteris Philosophiæ, quantum antiquitatis, quantum juris publici latet? Quam sæpe etiam contingit, ut leges quædam sive vere, sive in speciem pugnantes crucem figant viris doctissimis? Si autem & ii, qui mediocri doctrinæ ac litteratum præsidio instructi ad sacra illa accedunt, aliquando hæsitant, ac in tanta interpretationum copia Delio sibi natatore opus esse fatentur; quid illis contingeret, qui omni interpretationis lumine destituti veluti illunī nocte per vastam legum silvam ire, ibique investigare juberentur artem æqui & boni, non minus occultam ac repertu difficilem, quam fatalem illam virgam fuisse fingunt, de qua Sibylla apud Virgilium: (a)

Latet arbore opaca
Aureus & foliis & lento vimine ramus,
Junoni infernæ dictus sacer: hunc tegit omnis
Lucus, & obscuris claudunt convallibus umbræ.

Ita illam Justiniani providentiam nonnulli exagitant; nihilque rectius factum esse arbitrantur, quàm quod iniquissimam istam sanctionem, quam Accursius (*b*) absona interpretatione emollire cupiebat, tacitis suffragiis abrogarit æquior rerum æstimatrix posteritas.

Enimvero quamvis hæc sint dictu speciosa, tamen consideranti rem paulo accuratius, non adeo absurdum mihi videtur Justiniani consilium, quod illi quam maxime vituperandum existimant. Fuit sane illa non modo Justiniani, sed sapientissimorum quorumvis legislatorum sententia, non expedire reipublicæ subtiliores de legibus disputationes, hasque potius memoriæ mandandas, factisque exprimendas, quam explicandas esse commentariis. Nulli olim Spartæ erant Jurisconsulti, nulli Labeones, Sabini, Juliani, qui Licurgi leges interpretarentur: & nullus tamen populus Spartanos justitia ac disciplinæ severitate superabat: quum contra Romæ, atque apud ipsos Hebræos, ubi viri doctissimi in interpretandis legibus omnem operam industriamque collocabant, eo minus jus diceretur secundum leges, quo magis ferveret jurisprudentiæ atque eloquentiæ forensis studium. Nimirum ita comparata est legum ratio, ut quo simpliciores sunt ac pauciores, eo certius plerumque ac promptius ex iis jus dicatur, (*c*) quantoque magis cives videas τὰς στοὰς ἐμπιπλάντας γραμμάτων, *porticus implere litteris*, tanto facilius eveniat, ut quemadmodum vis morborum pretia medentibus, sic fori tabes pecuniam caussidicis ferat. (*d*) Et hoc ipsum profecto veritus Justinianus conticescere jussit Jureconsultorum oracula, calamisque scripturentium commentarios ferias indixit, *ne, quod in antiquioribus factum est, per contrarias interpretantium sententias totum jus conturbaretur*, (*e*) vel, ut alibi (*f*) consilii rationem reddit, *ne verbositas interpretum aliquod legibus adferret ex confusione dedecus, quod & in antiquis edicti perpetui commentatoribus factum, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diversas sententias producentes in infinitum distraxerint, ut pæne omnis Romana sanctio fuerit confusa.* Itaque experientia docuerat Justinianum, quantum detrimenti jus Romanum pas-

(a) Virgil. *Æneid. lib. 6. v.136. seq.*
(b) Gloss. *ad l. 1. §. 11. C. de vet. jur. enucl.* Commentarios illi adplicare. *Scilicet faciendo & addendo novas leges, nam non probibet exponi istas. Sed verius est, quod reprobet, ut statim patet.*

(c) Strabo *Geogr. lib. 6. p.179.*
(d) Tacit. *Annal. lib.11. cap. 6.*
(e) Const. *Deo auctore. §.12.*
(f) Const. *Tanta. d. §.21.*

paſſum ſit non modo à fori tintinabulis, verum etiam ab anteceſſoribus, qui ſe gryphorum juriſprudentiæ interpretes profitebantur. Quæ enim fuerit horum hominum ante Juſtinianum conditio, non ſine ſale docet ſcriptor ejus ætatis graviſsimus, Ammianus Marcellinus, (a) qui poſtquam eorum temporum cauſſidicos & juriſperitos in certas claſſes deſcripſit, de ſecunda ita judicat: *Secundum eſt genus eorum, qui juris profeſsi ſcientiam, quam repugnantium ſibi legum abolevere diſsidia, velut vinculis ori impoſitis reticentes, jugi ſilentio umbrarum ſunt ſimiles propriarum. Hi velut fata natalitia præmonſtrantes, aut Sibyllæ oraculorum interpretes, vultus gravitate ad habitum compoſita triſtiorem, ipſum quoque venditant, quod oſcitantur. Hi ut altius videantur jura callere, Trebatium loquuntur, & Caſcellium, & Alfenum, & Auruncorum Sicanorumque jamdiu leges ignotas, cum Euandri matre abhinc ſæculis obrutas multis. Et ſi voluntate matrem tuam finxeris occidiſſe, multas tibi ſuffragari abſolutionem lectiones reconditas pollicentur, ſi te ſenſerint eſſe nummatum.* Quum itaque animadvertiſſet Imperator, iſta interpretationum multitudine ac varietate ita jus omne turbatum eſſe, ut omnia vera falſa, juſta injuſta, æqua iniqua æque facile in foro deferentur: an frænos iterum laxaret forenſi iſti atque academicæ licentiæ? An pateretur juri, à ſe in ordinem qualemcumque redacto, novis argutiis novas offundi tenebras? Nonne conſultius erat, omnes Jureconſultorum commentarios ad Garamantas relegare, quam eidem, quo paulo ante defuncta erat, periculo de novo exponere rempublicam?

Quamvis autem ita conſilii ratio conſtiterit Juſtiniano, nolim tamen ego, quemquam exiſtimare, omnem, quæ noſtris temporibus in interpretando illuſtrandoque jure collocatur, operam atque induſtriam inanem atque infructuoſam mihi videri. Neque ego profecto ita cenſeo, neque illis Juſtiniani ſanctionibus viris juriſprudentiæ gnaris calamos hodie è manibus extorqueri arbitror. Hanc modo ſummam jam facio cogitationum mearum, cum periculo haud levi conjunctam eſſe promiſcuam illa jura interpretandi licentiam, adeoque nec æquitati nec prudentiæ refragari graviſsimas illas Juſtiniani ſanctiones. Sane quod cum periculo aliquo conjunctum eſſe arbitramur, id non ſtatim proſcribendum aut ab uſu removendum dicimus: & quo facile caruerunt Juſtiniani tempora, quibus, uti ait Cujacius, (b) jus omne clarius & in uſu quotidiano erat poſitum, eo & nos non illico æque facile carebimus hac ætate, qua jus peregrinum, variis locis corruptum, & diuturna deſuetudine obſcuratum in Fora & Academias penetravit. At quam caute ea interpretandi facultate utendum ſit, quamque facile jus in tanta interpretum multitudine in ſummam ambiguitatem prolabatur, ipſi, qui jam inde ab Irnerii temporibus prodierunt, commentarii, mille plauſtrorum onus, unumquemque docebunt. Sane quo plures evolveris, quantoque elegeris majores, tanto magis adparebit, id, quod generatim dixit Callimachus, (c) μέγα βιβλίον ἴσον εἶναι τῷ μεγάλῳ κακῷ, de pleriſque iſtis commentariis eſſe veriſsimum. Habebis Sardos venales, alios aliis nequiores: ſed ut quiſque erit amplior ac diffuſior, ita pejor videbitur indoctiorque reliquis, ut fatendum ſit omnino, beatam futuram fuiſſe juriſprudentiam, ſi numquam in manus tam illotas incidiſſet, ratumque vel iſtis tantum temporibus fuiſſet edictum Juſtiniani, quod legis Corneliæ pœ-

nam

(a) Ammian. Marcell. *lib.* 30. *cap.* 4.

(b) Cujac. *præfat. paratitl. Digeſt.*

(c) Calimach. apud Athen. *Dipnoſ. lib.* 111. *p.* 72.

nam irrogati jubet tam ineptis commentariorum conſarcinatoribus. Quod ne cui gravius ac liberius dictum videatur, qualem eſſe oporteat bonum interpretem, & quales ſint plerique, quos illi indoctæ doctorum turbæ debemus, commentarii, paucis oſtendere juvabit. Multis profecto partibus pulcherrimum iſtud atque utiliſsimum interpretum officium abſolvitur. Primum enim iis in id elaborandum eſt, ut ipſi iis inſtructi ſint præſidiis, quibus lucem obſcuris fœnerare poſsint: deinde ut genuinam cujuſque orationis ſententiam eruant, ac demonſtrent: tum porro, ut nec falſa doceant, nec ab arte ſua aliena: poſtremo, ut ne rem minus obſcuram confuſa tractandi ratione & horrido, incomto, agreſtique dicendi genere reddant obſcuriorem. Has vero dotes in bono interprete admirantur omnes, ſine his interpretem nec proficere quidquam, nec opere pretium facere cenſent. At interpretes ipſos, in quibus illæ præclaræ virtutes enituerint, non dicam illo Bartoliſtarum ævo, ſed & poſt felicem illam temporum reparationem, reperies pauciſsimos, &

Vix totidem, quot
Thebarum portas, vel divitis oſtia Nili.

Primo enim, quod ad litterarum præſidia attinet, à quibus inſtructum eſſe oportere diximus interpretem, quis, quæſo, tam eſt ſtolidus, ut ad intelligendum jus Romanum multum adjumenti nobis attuliſſe exiſtimet eos, qui nec Græcas nec Latinas docti litteras, ubi in Græcum vocabulum incidunt, quaſi oblata quadam gemma magica exclamant: *Græcum eſt, non poteſt legi*; qui *juriſdictio* an *juriſditio* dicendum ſit, addubitant: quibus denique *vis & poteſtas* eſt poteſtas violenta, violenta autem poteſtas, quæ invito etiam tutori defertur? Quid deinde lucis ſperes ab illis tenebrionibus, qui rudes hiſtoriæ ac antiquitatum, credere nos jubent, Auguſtum voluiſſe adoptare Germanicum, eoque refragante callide perſuaſiſſe cuidam Tiberio, ut ipſe Germanicum adoptaret, ſeque ipſum ſibi daret arrogandum; qui ſerio nobis narrant, ad beſtias datos olim homines, *ut beſtias deducerent, vel cum iis comederent, vel alia beſtialia facerent*: patres conſcriptos dictos, *quod nomina eorum ſcripta fuerint in aliquo loco, vel in corona capitis eorum*: æditui fuiſſe præfectos vigilum, quique cum iis noctu urbem circumierint; ſtadia urbium eſſe *octavam partem milliarii, quam Hercules cucurrerit uno anhelitu*: teſtamenta in procinctu facta dici, *quod ſuccincte fierent*: libripendem eſſe *æſtimatorem*, & libram æneam *rem æſtimatam, vel hæreditatem, quia hæc tanquam libra dividatur in duodecim uncias*: actionem Servianam eſſe *à ſervando* dictam, & innumera hujus generis alia, quæ ipſe

Non ſani eſſe hominis, non ſanus juret Oreſtes.

Me autem talia ex barbaro illo ævo & ex Accurſii tantum ingenio profecta exiſtimes, etiam poſt felicem litterarum παλιγγενεσίαν haud pauca non multo meliora reperies in ſcriptis eorum, qui incredibilem ſibi famam juriſprudentiæ ſtudio pepererunt. Vix itaque eſt, quod Accurſio ſuccenſeamus, quum & in melioris ævi commentariis, quorum auctorum nominibus nunc parco, legamus, Juſtinianum parte ſuperioris Germaniæ ſubacta, Alemanici nomen adoptaſſe: leges Romanorum dividendas eſſe in conſulares & decemvirales; Ædiles quoſdam vocatos *curules*, quod *curam* ſacrarum ædium geſſerint: legem Fuſiam Caniniam perlatam eſſe à quodam Fuſio Caninio: filiosfamilias dici *in ſacris paternis eſſe*, quia iis ſancta eſſe debeat patris perſona: *Deportare* eſſe, quaſi extra *portam* civitatis dare: Claudium Imp. ſanxiſſe, ut Coſſ. pupillis tutores

ex

extra ordinem, id eſt, non ſervato agnatorum proximorum ordine, darent: Imperatores dictos eſſe *Pios*, quod clericis admodum faverint: à conſulibus nomina conſequutas eſſe leges Hortenſiam & Attiliam: Auguſtum triplicem libertinorum conditionem introduxiſſe: & quæ ſunt hujus generis alia. Sexcenta enim his ſimilia in commentariis JCtorum non proletariorum vel capite cenſorum, ſed claſsicorum quoque animadvertes, ſi te eorum lectioni dederis. Hos vero an ſatis inſtructos ad hoc interpretandi munus acceſsiſſe credibile eſt? An non jure potius iſtis occlames:

Non tali auxilio, nec defenſoribus iſtis
Tempus eget.

Quod deinde ad genuinam orationis ſententiam attinet, eam non modo ex ipſis verbis, eorumque ſignificatione, verum etiam ex conjunctis loco & tempore eruendam eſſe, ii omnes cenſent, qui ſunt artis illius ἑρμηνευτικῆς paulo peritiores. Eo conſilio olim Antiſtius Labeo, Jureconſultorum ſuæ ætatis facile princeps, teſte Gellio (*a*) *in Grammaticam ſeſe & Dialecticam, litteraſque antiquas altioreſque penetraverat, & Latinarum vocum origines percallens ea præcipuè ſcientia ad enodandos pleroſque juris laqueos utebatur.* Quumque hodie libri noſtri ex variis variorum fragmentis tanquam centones conſuti ſint, recte ſuſpicati ſunt viri quidam doctiſsimi, genuinam legum ſingularum ſpeciem adſequi poſſe neminem, niſi qui comparatis inter ſe conjunctiſque fragmentis, quæ ex eodem libro ſuperſunt, omnibus, de quo juris capite ibi actum ſit, in numerato habeat. Sane hujus myſterii indicium jam pridem fecerunt viri quidam doctiſsimi, ejuſque uſum poſt Ant. Auguſtinum, Jac. Cujacium, P. Fabrum ſingulari diatriba Jac. Labittus; exemplis autem illuſtriſsimis Jo. Gœddeus & Jac. Gothofredus oſtenderunt, viri ſane in arte noſtra ſummi,

Quos eget penna, metuente ſolvi,
Fama ſuperſtes.

Sed quotuſquiſque vel olim vel hodie in tanta litterarum luce non infra JCti dignitatem eſſe putat, litteras illas attingere, quibus ſe plane immerſit Labeo? Quotuſquiſque ſe tantis exemplis excitari paſſus eſt, ad illud fragmenta inter ſe comparandi artificium? Tantum ſane abeſt, ut iſtud adhibuerint interpretes, ut plerique illud hodiernum alto ſupercilio deſpiciant, & per contemtum adnumerent revelationibus. (*b*) Permultum porro ad libros noſtros intelligendos utilitatis adferre Græcos interpretes, res ipſa docet, & præclare demonſtrat Car. Hannib. Fabrotus. (*c*) *Equidem*, inquit Vir Doctiſsimus, *non inficior, nævos eſſe quoſdam & παροράματα in Græcorum commentariis, ſed hæc fere leviuſcula ſunt præ iis, quæ veriſsime & diligentiſsime Græci nobis explanata reliquerunt. Et ut de cæteris taceam, qui nobis titulum de fideicommiſſariis hæreditatibus fidelius & doctius explicavit quam Theophilus noſter? Quis titulum de litterarum obligatione & titulum XII. Inſtitutionis tertiæ felicius enarravit, quam idem auctor graviſſimus, ut adpellat Cujacius, interpretum facile præcipuus? Quis Latinorum, quæſo te, Lector, Inſtitutiones, hoc eſt, libellum aureum accuratius interpretatus eſt?* Et paucis interjectis: *Quantum profecerit Jac. Cujacius, oculus juriſprudentiæ, legendis & enucleandis Græcorum commentariis, ignorare non poteſt, niſi qui peregrinus eſt in ejus ſcriptis. Quam multa præclara, neque in ſcholis juris decantata, neque in doctorum*

(a) Gell. *Noct. Attic. lib. 12. cap. 10.*
(b) Jac. Gothofred. *Præf. Comm. ad Reg. jur.*
(c) Fabrot. *Apol. pro Græcis*, edita cum *Exercitationibus* 12. Pariſ. 1639.

commentariis protrita, hinc hauserit, sciunt aqui & periti harum rerum judices, iniqui vero & Græca linguæ nescii dissimulant, aut, quod verius est, non vident: oculique eorum ad hunc solem suffunduntur. Sed quotusquisque JCtorum hodiernum Græca hæc attingit? Quotusquisque ejusmodi libris vel locum in bibliotheca concedit, vel quidquam inde in usus suos depromit? Exstat commentarius in Institutiones, satis tritus doctorum manibus, in quo ubi Βασιλικῶν incidit mentio, auctor de iis non aliter loquitur, ac de opere sibi ignoto, ac jam pridem deperdito, & de quo nihil habeat, quod pro certo adfirmet, quam quod Basilica vocati sint libri, qui contineant leges ab Imperatoribus promulgatas & compositas. Alii, qui nihil ignorare videri volunt, Ottonis Taboris exemplum sequuntur, & Græculos illos nugivendulos nihil ad nos pertinere, fabulisque meis indulgere clamant. Quam multa itaque fugisse oportet plerosque interpretes, qui hoc insigne præsidium nullo loco habuerunt, famæque suæ metuerunt, si tam magnum ac memorabile facinus ausi, ad illa Græcorum oracula proficiscerentur? Quid porro de veritatis dicam studio, quo nihil prius, nihilque antiquius esse debebat interpreti? An tu illam feliciter repertam fuisse dicas veteribus, qui illam veritatem investigandi ratiocinandique artem sciebant cum ignarissimis? An à novis plus speres, qui Petri Rami dialecticæ innutriti, unum didicerant τὸ διχοτομεῖν id est, artem egregiam, quinque digitos in duos ordines distinguendi? An tu porro veritatem quæras in eorum commentariis, qui id sibi negotii datum credebant, ut omnia superiorum placita labefactarent ac subverterent, & quasi clavum clavo, sic opinionem opinione trahentes eo demum rem perducerent, ut jam non difficile videatur sententias, etiam absurdissimas mille JCtorum testimoniis stabilire? Observavit Franc. Hotomannus, (*a*) celebrem illum, Andream Tiraquellum sæpe in libris suis, quos citationibus auctorum instructissimos edidit, postquam consentientia centum aut plurium doctorum suffragia accumularit, hanc aut similem orationem subjungere: *Ut videas, amice Lector, nihil esse in jure nostro non ambiguum, & disputationibus ac controversiis involutum, volo tibi totidem, aut plures, recensere, qui sunt in opinione prorsus contraria*, & sub hæc ingentem aliorum doctorum indicem pertexere, qui in alia omnia eant. Quid vero veritatis studioso utilitatis adferat illa discrepantium opinionum farrago, nisi ut perlecta illa idem sibi contingere videat, quod tribus consultis advocatis contigisse sibi queritur Demipho apud Terentium: (*b*)

Fecistis probe:
Incertior sum multo, quam dudum.

Accedit, quod quum inter omnes constet, veritatem non auctoritate doctorum, sed legum rationumque fundamentis niti; plerisque interpretantibus cura potior semper fuerit glossæ, quam recta ratio legum & auctoritas. Hinc ubique in libellis hujusmodi doctorum turmæ in aciem educuntur, manatque hoc exemplum in fora, in quibus certam præsumunt victoriam, seque jactant magnifice, qui pro se Sandium, Christinæum, Wesembecium, Schneidwinum, Carpzovium, Mevium vades dederunt. Quasi vero verissimum sit, quod plurimis videtur, & non æque facile sit, alium glossatorum exercitum conscribere, qui priori opponatur. Jam quod proximum inter virtutes interpretis posui, ut ne in rebus ab arte sua alienissimis occupetur, quanti momenti sit, nemini dubium

(a) Hotom. *Antitribonian. cap.* 14.

(b) Terent. *Phorm. Act.* II. *scen.* 4. v. 18.

bium esse potest. Quis enim philosophum ferret, qui de virtute disputaturus, quædam de primis mundi elementis præmitteret, deinde accurate explicaret, quid sit glacies, hinc porro, quot sint conjugationes, quotquot partes orationis, subtiliter disquireret, ac demum in rem præsentem veniens, an sit virtus, quid sit, & quotuplex, brevissimis verbis attingeret potius, quam explicaret? Mirarer sane, si qui hunc philosophum audiunt, non ut olim abderitani, Hippocratem quendam arcesserent, qui homini nimis inepte stulto, primum crebram ambulationem, ad hoc betæ malvæque esum, postremo vomitum præscribat, & ita perpurgatum mittat Anticyras. Ast ita tamen disputare solent quidam non infimi subsellii juris interpretes, qui explicaturi titulos Justiniani, primum quærunt an instrumentis notariorum præmittenda sit invocatio nominis divini? Num & Imperatoris nomen & titulus universus? An eligi possit Imperator, nisi origine Germanus? Talisne fuerit Carolus M.? An & Episcopum è gremio Ecclesiæ eligi oporteat? Hinc ad rem ipsam se accingentes disputant, fueritne Justinianus orthodoxus? An litteras norit? An & Latinam linguam percalluerit? Unde triumphus nomen acceperit? An Imperator sit mundi dominus, provinciamque Romani imperii alienare possit? Valeatne ac rata sit donatio Constantini Magni? En egregiarum quæstionum farraginem, quibus enodatis, tunc demum intelligi à nobis existimant horribile istorum verborum secretum: *Imperator, Cæsar, Flavius Justinianus, Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, inclytus, victor ac triumphator semper augustus, cupidæ legum juventuti S.* Iidem in explicanda justitia definitione occupari, anxie quærunt, unde juris nomen descendat? Cur titulus inscribatur de justitia & jure, ac non potius de jure ac justitia? Quæ justitia à Justiniano definiatur? Divina, an humana? Universalis, an particularis? Commutativa, an distributiva? Quare JCri sint sacerdotes justitiæ? An dentur casus pro amico? Cur rectius dicatur voluntas suum cuique tribuendi, quam suum cuique tribuens? An JCtorum auctoritati cedere debeat auctoritas philosophorum? Tam egregia scilicet doctrinæ ubertas latet in definitione illa Justinianea, tantæque molis est, explicare decem illa verba: *Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* Ludere quibusdam videbor, & quæstiunculas nihil ad rem pertinentes fingere, quæ nemini interpretum in mentem venerint. Sed venisse illas in mentem non illi Bartoli & Baldi soboli, sed JCtis, qui patrum nostraque memoria floruerunt, celeberrimis, ex ipsorum commentariis demonstrare in proclivi esset, nisi vel suspicione aliis insultandi carere mallem. Ita vero leges interpretantibus, non difficile erit conjicere, quam nulla iis cura fuerit ordinis, quem semper sapientissimus quisque plurimi fecit. In tali enim quæstiuncularum sibi admodum dissimilium farragine non magis ordini locus est, quam in rudi indigestaque mole, ex qua hoc universum efformavit Deus. Unde vir elegantis ingenii, M. Antonius Muretus (a) de Glossatoribus differens: *Qualem*, inquit, *nobis illi cujusque generis præceptorum farraginem reliquerunt? Ut si quis rusticus hordeum, triticum, viciam, legumina, in unum acervum conferat, non illius acervum horum commentariis existimem perturbatiorem fore. Mihi quidem, quum in eos inspicio, sæpissime Ovidiana illa de Chao in mentem veniunt:*

Quaque erat & tellus, illuc & pontus & aer.

 Non

(a) Muret. *lib.* 11. *Orat.* 17.

Non aliter enim apud hos, ubi verbi caussa de auctoritate magistratuum agitur; dicetur etiam aliquid de testamentis: ubi de emptione & venditione differitur, aliquid de pœnis, aut de auctoritate tutorum inseretur. Nihil est denique quod certam sedem aut domicilium habeat, nihil, quod non alienissimo æque ac suo loco pertractatum reperiatur. Inde illæ crebræ ex uno in alium locum rejectiones, quum te, quod hic agendum ac tractandum erat, id jubent ex alio petere, in quo tale quidquam agi, nunquam, nisi admonitus, divinare potuisses. Prorsus, ut si quis paterfamilias vestem non in vestiario, sed in arca panaria conderet, panem ex puteo hauriret, pisces in nemore, lepores in piscina inclusos haberet. Apud Aristotelem primò Physicorum recensetur opinio veterum quorundam, in quibus fuit & Anaxagoras, qui quidlibet in quolibet inesse dicebant, idque exprimebant hemistichio quodam, ut opinor Empedoclis: πᾶν ἐν παντὶ μέμικται. *Hoc an in Physicis vere dicatur, viderint, qui illa tractant: de talium certe interpretum commentariis verissime dici potest.* Hæc de glossatorum libris Muretus, quæ & in melioris ævi commentarios juridicos plerosque cadere re ipsa deprehendent, qui istos inspexerint. Denique ultimam interpretis virtutem in sermonis puritate ac perspicuitate positam esse diximus. At nescio an & hanc extra Cujacii scholam adeo multi interpretes sint adsequuti. Quamvis enim depulsa vetere illa barbarie, purius scribere cœpissent viri docti; JCtorum tamen libros adeo infecit illud Accursii absinthium, ut si Papinianus in vitam rediret, nova ei addiscenda esset lingua, illos commentarios legere cupienti. JCtorum enim laudem se sustinere posse plerique dubitant, nisi lingua Jureconsultorum, id est, barbara utantur. Hinc ubique *summant, ampliant, subampliant, limitant, sublimitant, casuant*: ubique *resolutiones legum* & similes elegantias pollicentur, ubique *practicas practicatas*, & præjudicia in *terminis terminantibus* & clausulam illam utilissimam *rebus sic stantibus* & sexcenta hujus generis alia tanquam mellitos verborum globulos spargunt, quibus condimentis si aliquid salis adspergas, elegantissima nimirum illa Brocardica quæ vocant, veluti: *casus noluntatis comprehendit sub se casum impotentiæ: ab actionibus ad interesse libera nos Domine; solus cum sola non præsumitur orare Pater noster*, & similia: tunc sane habebis verum venenum aqua Stygia dilutum, cujus habitu ipso bonæ mentes exanimantur. Tales sunt plerique, qui tabernas rumpunt, JCtorum commentarii. Iis itaque an magna utilitas per tot sæcula allata sit reipublicæ, & an non melius eorum auctores operam in conficiendis indicibus Justiniani consilio collocassent, illi viderint, quorum non amant similes labra lactucas.

Quæ quum ita sint, singulari profecto ac præcipua laude digni videntur pauci illi, sed boni, quibus meliorem mentem indidit Deus, ut quæ in jure nostro sunt obscura atque ambigua felicius illustrare ac distinguere conarentur. Quo in numero (quod ad Institutionum interpretationem attinet,) præter Cujacium, Giphanium, Janum à Costa, & quosdam alios, & ARNOLDUM VINNIUM Jureconsultorum eximium, haud postremo loco ponendum arbitror. Sane ex quo me jurisprudentiæ dare cœpi, mihi ejus commentarius præ aliis placuit, & ad solidiorem doctrinam connitenti maximo fuit adjumento, ut postquam aliis jura interpretari jussus eram, nullum fere librum auditoribus meis obnixius commendandum judicarem, quam commentarium Vinnii, ex quo ipse fructum ceperam uberrimum. Vix enim ulla est boni interpretis virtus, quæ non in Vinnio nostro eluxerit. Attulerat ad jurisprudentiam ea

præ-

præsidia, quæ paulo rariora sunt in nostri ordinis hominibus, puta, haud vulgarem Latinarum Græcarumque litterarum facultatem, diffusam omnis ævi scriptorum lectionem, notitiam antiquitatum haud mediocrem, tantum denique ingenii ac judicii acumen, ut nec vulgaribus pragmaticorum sententiis ipsique Triboniano esset addictus, nec Cujacium, Ant. Fabrum, Rein. Bachovium, aliosque, ubi novi quid inferunt in artem, cæco impetu sequeretur, sed legum rationumque pondera ubique cum cura expenderet, nulliusque auctoritate se pateretur in transversum agi. Deinde id quoque habet Vinnius noster, ut genuinam Justiniani sententiam ubique cum cura investiget, neque eum pudeat ex philologiæ latifundiis petere, quibus jurisprudentiam locupletaret. Et quamvis mysterium istud atque artificium leges ex eodem libro depromtas comparandi conjungendique facilius in pandectis & codice, quam in Institutionibus, usum suum exserat; nihil tamen reliqui fecit, ut, ex quibus auctoribus vel fragmentis singuli paragraphi descripti sint, & quomodo illi à suis auctoritatibus discrepent, quantum fieri potest, ostenderet, non ut haberet, ob quod insultaret Triboniano, (in quo mustaceo multi hodie quærunt laureolam,) sed ut rationem ejus mutationis redderet candide. Laudanda quoque est Vinnii nostri opera, quam in conferenda Theophili paraphrasi posuit, sane quam utilissima. Quamvis enim plerisque vapulet hic Theophilus, & aliquando ab iis quoque, qui eum nunquam evolverunt, exagitetur; permultum tamen lucis eum fœnerare Institutionibus, Car. Hannibal Fabrotius, cujus verba quædam supra dedimus, pridem evicit. Et sane non hic nobis res est cum Theophilitze quodam, quem aliqui verbis quibusdam Cujacii (*a*) decepti Accursio faciunt juniorem, sed cum Theophilo, viro illustri, & Antecessore, cujus opera ipse Justinianus in conficiendis Institutionibus usus est. Hunc ipsum enim esse illum paraphrasten, multis argumentis constat. Primò Theophilum Triboniani σιμαγλὸν, Antecessoris munere Constantinopoli functum novimus. (*b*) Antecessorem autem etiam paraphrasten fuisse, inde adparet, quod in codicibus vetustis singulis libris illa subnectuntur: ἐπληρώθη ἡ ά (β' γ' δ') Ἰνστιτουτίων Θεοφίλου Ἀντικήνσωρος *feliciter*. Eumdem deinde Constantinopoli vixisse, inde patet, quod ubicumque ejus facit mentionem, eam vocat ταύτην τὴν πόλιν, vel ταύτην τὴν βασιλεύουσαν πόλιν, *hanc urbem* vel *hanc regiam urbem*, (*c*) uti solent, qui urbis, in qua vivunt, meminerunt: Deinde, quum Theophilus Antecessor Justiniani temporibus floruerit: ejusdem ætatis esse paraphrasten nostrum, res ipsa docet. Quemadmodum enim omnes qui Justinianum antecesserunt, Imperatores Christianos ita describit, ut eos inter homines non amplius fuisse, statim adpareat, veluti ubi meminit Ζήνωνος τῆς θείας λήξεως, (*d*) itemque τῆς θείας λήξεως Λέοντος, (*e*) ita Justinianus ipsi semper est θειότατος ἡμῶν δεσπότης, ἡμέτερος βασιλεὺς ὁ εὐσεβέστατος ἡμῶν βασιλεύς, ὁ ἡμερώτατος ἡμῶν βασιλεύς, *sacratissimus Dominus noster*, *Imperator noster*, *Imperator noster piissimus*, *clementissimus noster Imperator*, (*f*) quemadmodum & Theodoram τὴν εὐσεβεστάτην ἡμῶν δέσποιναν, *piissimam dominam nostram*, (*g*) & constitutionem Justinianeam διάταξιν ἣν ἔναγχος ἐξεφώνησε, *constitutionem nuper promulgatam* (*h*) adpellat. Quæ sane omnia non sunt verba

de

(a) Cujac. *Recitat. ad tit. Inst. de action.*
(b) Const. *Tanta*, §. 9. *de conf. Digest.*
(c) Theoph. §. 7. *Inst. de satisdat.*
(d) Theoph. §. 34. *Inst. de act.*
(e) Theoph. §. 3. *de donat.*
(f) Theoph. §. 1. *de usuc.* §. 3. *de don.* §. 7. *quib. al. licet*, §. 7. *proœm.*
(g) Theoph. §. *ult. Inst. de usuc.*
(h) Ibidem.

de principe dudum satis functo differentis. Accedit, quod Theophilus sæpe paraphrasi suæ intexit formulas antiquas & ritus veteris jurisprudentiæ proprios, quos quum judice Fabrotto (a) non aliunde, quam ex Caii, Ulpiani, aliisque veterum JCtorum libris, depromere potuerit, satis profecto manifestum est, eum ante commune istud illorum librorum naufragium vixisse, versatissimumque fuisse in istorum operum lectione. Quod denuo non in Theophilitzen quemdam Græcum novum, sed in celeberrimum illum Scholæ Constantinopolitanæ Antecessorem, Theophilum cadit. Denique quod palmarium esse, vir eruditissimus, & collega olim conjunctissimus, Nicolaus Hieronymus Gundlingius (b) observavit, Theophili nostri paraphrasin jam Thalelæus laudavit, & ille quidem quem cum Triboniano, Theophilo aliisque pandectas composuisse, easque postea κατα πόδα vertisse novimus. Quod cum & Fabrottus (c) viderit, mirum sane est, virum ipsum doctissimum Theophilum Justiniano non quidem multo juniorem, à Theophilo tamen pandectarum & Institutionum architecto diversum credidisse, quasi ipse paraphrastes ætatem suam non multis iisque luculentissimis prodiderit indiciis. Quod si itaque Theophilus noster fuit Justiniano σύγχρονος, ceu hactenus mihi videor demonstrasse; gratissimum procul dubio cupidæ legum juventuti fecit Vinnius, quod eum diligenter consuluerit, & inde textum Institutionum vel stabiliverit, vel explicarit. Nec minus laudandum videtur singulare veritatis studium, quod idem ubique præ se tulit, dum manum ad scribendum adpulit. Rationibus enim solidis legumque auctoritate munivit omnia quæ docuit, nec in ullius juravit verba magistri. Tantum etiam abest, ut more glossatorum quævis convellere ac in dubium vocare studuerit vir doctissimus, ut plerasque istas lites erudite finiverit, & plerumque optimam maximeque legibus consentaneam elegerit opinionem, eamque ita firmarit, ut aliquando & invitos in sententiam suam pertrahere videatur. Ordo porro, quo utitur, ipsi rei quam maxime convenit. Textum explicat accurate, scrupulos, quos injici lectori posse prævidet, cum cura eximit: ipsam doctrinam, quæ quovis loco proponitur, egregie illustrat, nec dissimulat, quæ vel novis Justiniani constitutionibus vel desuetudine & moribus patriis mutata aliter in foro observantur. Nullos hic videbis excessus, ad rem nihil pertinentes, nullas quæstiones otiosas & intempestivas deprehendes; nec hic observabis à Vinnio, tanquam à coquo Plautino, diversa jura confundi. Nam ubique jus Romanum à moribus patriis accurate sejungit, & nihil facit reliqui, ut utriusque principia à lectore suo intelligantur. Denique & oratione utitur, non quidem calamistris intorta, sed pura tamen, & satis plerumque Latina, ut saltim non adfectasse videatur illam barbariem, qua plerosque Jurisconsultos commentarios suos inquinasse diximus. Quo gratior mihi fuit opera, quam à me vir integerrimus, novam hanc editionem meditatus, flagitavit. Quum enim intelligeret, me quædam margini exemplaris mei, ut fieri solet, adnotasse; non dubitavit à me petere, darem operam, ut Vinnii hic commentarius & nitidior & emendatior prodiret. Et sanè nihil, quod mearum erat partium, prætermisissem, si paulo plus temporis ad eam rem fuisset concessum. Quantum tamen à me præstitum putem, paucis accipe. Primo totum commentarium & relegi & recensui, & quidem ita, ut non modo aliquot millena sphalma-

(a) Fabrot. *Præfat.* ad Theoph. *Inst.*
(b) Gundlingian. *Part.* 11. *Obs.* 11.
(c) Fabrott. *ibid.*

mata quæ in priorem editionem irrepserant, sustulerim, sed & interpunctiones, antea vitiosissimas, vel plane omissas, restituerim diligenter. Deinde Auctores quos laudat Vinnius, plerosque evolvi, & ubi ipse solum librum expresserat, ego capita etiam & aliquando paginas adjeci, ne Lectori loca illa evoluturo illud quærendi tædium esset devorandum. Præterea notulas quasdam seu additiones, quas à VINNIANIS primis nominis mei litteris; HEIN. distinxi, passim insertas animadvertes. Eas quum jam olim exemplaris mei margini allevissem, ideo edi passus sum, quia quarumdam me ne nunc quidem pœnitet. Sunt eæ non unius generis. Quædam illa, quæ à Vinnio non adeo plene traduntur, supplent: aliæ non satis accurate posita emendant: sunt etiam, quæ quasdam conjecturas de legibus à Vinnio vel emendatis vel explicatis proponunt Lectorisque judicio submittunt. Non existimo futurum, ut mihi id auso quisquam succenseat. Quæ enim injuria est, alieno libro adspergere notulas? Et quid facilius erit Lectori, cui mea haud placebunt, quam breves illas stricturas prætermittere, maxime quum & paucæ sint, nec adeo multis paginis librum reddant auctiorem? Si qua in re stilus lapsus sit, id in meliorem partem interpretabuntur; quibus aliquis candor inest, quam festinantibus operis pagellæ inter alias occupationes & in medio luctu domestico, descriptæ & sæpe vix relectæ Lugdunum transmittendæ fuerint. Emendationi præfuit ipse, qui sumtus fecit, vir integerrimus. Quumque is & ob solertiam & ob linguæ intelligentiam par omnino sit huic operi, & jam plura ejus dexteritatis dederit documenta; res ipsa jam quoque ostendet, verissimum esse, quod scripsit Poeta: (a)

Dominum videre plurimum in rebus suis.

Tu, Lector, fruere editione, omnibus anterioribus, si quid video, meliore, mihique, Tua causa omnia volenti, fave, & ex voto Vale. Franequeræ Frisiorum x. Kal. Mart. CIƆ. IƆ. CCXXVI.

(a) Phædr. *lib.* II. *fab.* 8. *v.* 29.

In-

INDEX

Rubricarum secundùm Librorum & Titulorum ordinem.

Proœmium de Confirmatione Institutionum.

LIBER I.

LIBER II.

LIBER III.

LIBER IV.

AR-

ARNOLDI VINNII, J. C.

IN LIBRUM PRIMUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

PROOEMIUM.

De Confirmatione Inſtitutionum.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU-CHRISTI.

IMPERATOR CÆSAR FLAVIUS JUSTINIANUS, ALEMANICUS, GOTTHICUS, FRANCICUS, GERMANICUS, ANTICUS, ALANICUS, VANDALICUS, AFRICANUS, PIUS, FELIX, INCLYTUS, VICTOR AC TRIUMPHATOR, SEMPER AUGUSTUS cupidæ legum juventuti S.

IMPERATOR) Hoc nomine etſi appellarentur omnes exercitus ductores οἱ ϛρατηγοί, ἢ τ̃ πολέμου ἡγεμόνες, propriè tamen id tribui ſolebat iis, qui re bene geſta hoc honoris titulo acclamatione militum vel decreto Senatus decorati eſſent. Poſt occupatam Rempublicam perpetuum Principis prænomen eſſe cœpit ex S. C. Hotomannus ex *Cic. Tacit. Sueton. Dion. Appian.* VINN. Sed tamen Byzantini Imperatores plerique hoc cognomen dimiſerant ante Juſtinianum noſtrum, qui illud primus revocavit in uſum, primus poſtliminio veluti renunciatus ῥωμαίων αὐτοκράτωρ, uti teſtatur Agathias lib. 6. p. 157. Ez. Sphanhem. *de Uſu & præſt. num. Tom.* 2. *Diſſ.* 12. *p.* 403. HEIN.

CÆSAR) cognomen familiæ in gente Julia, quod poſt C. Julium factum eſt hæreditarium Imperatorum. Procedente tempore, eodem nomine appellati & qui vivo Imperatore deſignati auguſtæ majeſtatis hæredes, *l.* 7. *Cod. de maleſ. & mathem.* Spartian. *in Ælio Vero*, ubi & hunc ipſum primum Cæſarem ea ratione appellatum teſtatur. Hodie *Reges Romanorum* Vocantur. VINN. Ita quidem Spartianus in *Æl. Ver. cap.* 2. contra Aurel. Vict. *cap.* 12. *in Trajano* ab Adriani demum adoptione diviſa eſſe ait Cæſarum & Auguſti nomina. Neuter accuratè. Omnes Principum liberi dicti ſunt

ſunt Cæſares, jam à Neronis temporibus. Domitianus, ſtatim interfecto Vitellio, hoc nomen obtinuit, Tacit. *Hiſt. Lib.* 3. *cap.* 86. Hinc numi Titi & Domitiani Cæſarum apud Spanhem. T. 2. p. 351. Ita & Trajanus Cæſar conſalutatus ſtatim poſt adoptionem. Conf. Pagi *Crit. Bar. ad ann.* 69. & 97. Poſtea deſtinati Imperio Candidati dicti ſunt *nobiliſsimi Cæſares*, quod nomen in numis Philippi junioris primùm occurrit, at ante eum idem legitur in marmore Maximo Maximini filio dicato apud Gruter. p. CLI. 5. vid. Ez. Spanh. *de uſu & præſtant. num. Diſſ.* 12. §. 2. *p.* 357. *ſeq.* HEIN.

FLAVIUS) A Veſpaſiano Imperatore hoc nomen manavit, quem è Flavia gente nova & ignobili fluxiſſe, Suetonius auctor eſt.

JUSTINIANUS) Nomen hoc Imperatoris noſtri proprium fuit; idque etiam habuit ante adoptionem: ex quo apparet, non eſſe productum à nomine Juſtini avunculi & patris adoptivi, ut quidam putant.

ALEMANICUS, GOTTHICUS, &c.) Agnomina à devictis, aut bello laceſsitis gentibus ducta: Seneca *l.* 1. *de Clement.* 14. ſcribit, aſſentantem populum ambitioſæ majeſtati tribuiſſe, quidquid potuit congerere titulorum. VINN. Hunc morem devictarum gentium vocabula nominibus adſcribendi jam pridem ante Juſtinianum ſervarant Imperatores. Solius *Judaici* cognomen ob religionis odium & gentis contemptum adſpernatus eſt uterque Veſpaſianus. Cæterum hæ gentes omnes notæ ſunt præter *Anticam.* Et hìc pleriſque interpretibus aqua hæſit. Verùm non *Anticum* ſed *Ponticum* legendum eſſe, rectè monuit ὁ πάνυ, Spanhem. *ibid. Diſſ.* 12. §. 14. *pag.* 504. *T.* 2. *Lazos* enim *Abaſgos & Tzanos* ad Pontum Euxinum ſubegerat. Unde & alibi dicitur *Lazicus.* Nov. XLIII. HEIN.

FRANCICUS) Theodibertum Francorum regem graviſsimè tuliſſe refert Agathias, quòd Juſtinianus, velut devicta gente Francorum, Francici titulum ſibi ſumpſiſſet. Poſtea etiam Gepidicum & Longobardicum ſe dixit, quòd eas quoque gentes irritavit, *Cujac. & Grot. ex Agathia.*

PIUS) Primus hoc cognomen obtinuit Antoninus Hadriani ſucceſſor. Capitol. *in Antonin. c.* 2. Inde ad alios deſcendit. Juſtin. *Nov.* 78. *c.* 5. Ἀντωνῖνος ὁ τῆς εὐσεβείας ἐπώνυμος ἐξ οὗπερ καὶ εἰς ἡμᾶς τὰ τῆς προσηγορίας ταύτης κατῆλθε. VINN. Conferendus omnino Ezech. Spanhem. *Diſſ.* 12. §. 6. *pag.* 434. *ſeq. T.* 2. HEIN.

FELIX) Uſurpavit hoc cognomen Commodus, ut hiſtoriæ teſtantur, quem plerique ſucceſſores imitati appellationem hanc Juſtiniano tradiderunt. VINN. Aſt hujus cognominis, jam ſuo tempore Imperatoribus dati, meminit Seneca *Lib.* 11. *de Clem. c.* 14. HEIN.

TRIUMPHATOR) Triumphaſſe legitur de Perſis & Vandalis. Varro *l.* 7. *de ling.* ſcribit triumphare ſic appellatum eſſe, *quod cum Imperatore milites redeuntes clamitant per urbem in Capitolium eunti, Jo triumphe, io.*

AUGUSTUS) Nomen hoc primùm Octavio à Senato tributum: ductum ab eo, quòd loca, in quibus augurato quis conſecratur, auguſta nominantur. Suet. *in Auguſt. c.* 7. Alii ab augendo imperio dictum putant: unde illud hodieque *Zu allen Zeiten Mehrer des Reichs.* Weſemb. VINN. Eodem ſenſu Manaſſes in *Politicis;* Αὔγουστος, inquit, ὡς αὐξάμενος. Contra in *Novell.* 17. ἀεὶ σεβαστὸς, redditur *ſemper adorandus.* HEIN.

Ut Plato legiſlationis tres vult eſſe partes, Procemium, Legem, & Sanctionem; ita hujus Conſtitutionis eadem deprehenduntur membra. I. Procemium, quo ſuum legiſlationis ſtudium commendat, uſque ad §. 3. II. Legiſlatio, uſque ad §. pen. III. Sanctio. *Weſemb. hic.*

De uſu Armorum & Legum.

IMperatoriam majeſtatem non ſolùm armis decoratam, ſed etiam legibus oportet eſſe armatam, ut utrumque tempus & bellorum & pacis rectè poſsit gubernari: & Princeps Romanus non ſolùm in hoſtilibus præliis victor exiſtat, ſed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat, & fiat tàm juris religioſiſsimus, quàm victis hoſtibus triumphator (magnificus.)

ARmis decoratam) Imperator utrumque Reipub. tempus ſine armorum ac legum præſidio rectè adminiſtrare non poteſt: in quam ſententiam præclara quædam hìc adſperſa ab *Hotom. & Grot. ex Ariſt. Plat. Liban.*

Legibus armatam) Munitam & inſtructam M. Tullius *l.* 1. *de Off.* ſcribit, Lacedæmoniorum imperium multò plus Lycurgi legibus & diſciplinæ debere, quàm aut Pauſaniæ, aut Lyſandri rebus geſtis. *Parvi enim*, inquit, *c.* 22. *ſunt foris arma, niſi ſit conſilium domi, &c.* Eſt autem hìc χιασμὸς κατὰ τὸν ἐκ στοιχείων τύπον, tribuit armis decorari, legibus armari. Theoph. verbum pro verbo reddidit, ὅπλοις κοσμεῖσθαι νόμοις ὁπλίζεσθαι.

Victor exiſtat) Senſus eſt apertus, Imperato-

torem non ex armis tantùm, ſed etiam ex legibus glorioſam ſibi victoriam comparare.

Legitimos tramites) Ea ratione, quam leges præſcribunt. Theophilus convertit, νομίμοις ἐπινοίαις, legitimis inventis. Imperator non tantùm hoſtibus debellandis, verùm etiam calumniatoribus coercendis, victoris nomen adipiſcitur.

Calumniantium) Pars pro toto, improbitas, quæ in judiciis verſatur, de quo propriè verbum calumniandi intelligitur, pro omni, quæ in pacata civitate admittitur. Cicero 2. *de Repub. Ut Carneadi reſpondeatis, qui ſæpe optimas cauſas ingenti calumnia ludificari ſolet.*

Juris religioſiſſimus) Juris ad ſummam religionem obſervantiſſimus. Dion. Halicar. *lib.* 5. Κράτιςος ἦν βασιλεὺς ὁ δικαιότατος τε καὶ νομιμώτατος.

Magnificus) Abeſt hæc vox à veteribus libris, teſtibus Cujac. & Hotom. nec Theophil. agnoſcit.

De bellis & legibus Juſtiniani.

1 *Quorum utramque viam cum ſummis vigiliis, ſummaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem ſudores noſtros Barbaricæ gentes ſub juga noſtra redactæ cognoſcunt, & tàm Africa, quàm aliæ innumeræ provinciæ poſt tanta temporum ſpatia, noſtris victoriis à cœleſti Numine præſtitis, iterum ditioni Romanæ noſtroque additæ Imperio, proteſtantur. Omnes vero populi legibus tàm à nobis promulgatis, quàm compoſitis reguntur.*

1 *Utramque viam*) Juſtinianus & gloriam ſibi peperit victis hoſtibus, & juris æquabilitatem inter cives ſuos retinuit.

Barbaricæ gentes) Significat Perſas in Syria, Vandalos in Africa & Italia, Gotthos in Italia, & Sicilia.

Redactæ) Vet. *deductæ*, & ita Cujac. & Hotom.

Innumeræ) Vet. *numeroſæ*, id eſt, multæ; ſic enim locuti ſunt Caſſiod. Oroſ. Eutrop. & alii Scriptores σύγχρονοι, Theoph. tamen ἀναρίθμητοι.

Poſt tanta temporum ſpatia) Poſt annos 95. quibus Vandali Africam tenuerunt, *l.* 1. *Cod. de offic. præf. Afric.* adſtipulatur Procop.

Ditioni Romanæ) Poſtquam ſedes imperii Conſtantinopolim, (quæ antea Byzantium, poſtea etiam nova Roma,) tranſlata fuit, Imperium Romanum à Conſtantino & Gallieno in duas partes diviſum, orientalem & occidentalem & utrique parti ſuæ provinciæ attributæ. VINN. Non à Gallieno, ſed à Galerio: nec in duas, ſed in tres partes. Galerius enim Orientem, Conſtantinus tranſalpinas Provincias, Maxentius Italiam accepit Eutrop. Lib. 10. c. 1. HEIN.

Promulgatis) Promulgatas ſuas, compoſitas alienas intelligit, id eſt, ex veteri jure in unum collectas & diſpoſitas.

De Compoſitione Codicis & Pandectarum.

2. *Et cùm ſacratiſſimas conſtitutiones antea confuſas in luculentam ereximus conſonantiam, tunc noſtram extendimus curam ad immenſa veteris prudentiæ volumina, & opus deſperatum, quaſi per medium profundum euntes, cœleſti favore jam adimplevimus.*

2. *In luculentam ereximus conſonantiam*) Intelligit Codicem priorem, quem altero Imperii ſui anno componi juſſit 528. & anno inſequenti edidit. In hunc, Principum Conſtitutiones vagè per tres codices, Gregorianum, Hermogenianum, Theodoſianum, diſperſas collegit, *conſt. de nov. Cod. fac. & de Juſt. Cod. confirm.* Sed eum non habemus. Poſt idem Codex iterum emendatus eſt, & multis locis recognitus, additis 50. deciſionibus, quo hodie utimur. VINN. Prior ille codex promulgatus VII. Id. April. anni DXXIX. dictus eſt Juſtinianeus. *Nov. 66. c.* 1. §. 1. Paul. Diac. *Lib.* 1. *c.* 25. Poſterior, quo hodie utimur, dicitur Codex repetitæ prælectionis, *Conſt. de codic. emend.* §. 3. publicatus XVI. Kal. Dec. anni DXXXIV. HEIN.

Ad immenſa veterum volumina) Quarto Imperii anno, Lampadio & Oreſte Coſſ. 530. Pandectas componi juſſit, ediditque, & confirmavit anno Imperii ſexto, ipſo 111. Cos. eodemque anno compoſitæ Inſtitutiones & promulgatæ uno menſe ante Pandectas: ut Pandectæ compoſitione priores ſint Inſtitutionibus, confirmatione poſteriores. Codicem repetitæ prælectionis promulgavit anno proximo, ipſo IV. & Paulino Coſſ. 534. Hæc perſpicua ſunt ex conſtitutionibus ad juris compoſitionem pertinentibus. Novellarum liber diem non habet.

Immenſa volumina) Innumera veterum ſcripta, quæ in bis mille libros & aliquot centena millia verſuum excreverant; *l. omnem*, §. 1. *de concept. Dig.*

Per medium profundum) Per medias difficultates. Liv. 31. c. 1. *Provideo animo in vaſtiorem me altitudinem ac velut profundum invehi.*

De tempore, auctoritatibus, fine & utilitate compositionis institutionum.

3. *Cùmque hoc, Deo propitio, peractum est, Triboniano Viro magnifico, Magistro, & Exquaestore sacri palatii nostri, & Exconsule; nec non Theophilo & Dorotheo, Viris illustribus & antecessoribus, (quorum omnium solertiam, & legum scientiam, & circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus,) convocatis, mandavimus specialiter, ut ipsi nostra auctoritate, nostrisque suasionibus Institutiones componerent: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab Imperiali splendore appetere: & tàm aures quàm animi vestri nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtineat argumentis, accipiant. Et quod priori tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones Imperatorias legerent, hoc vos à primordio ingrediamini, digni tanto bonore, tantaque reperti felicitate, ut & initium vobis & finis legum eruditionis à voce Principali procedat.*

3. *Magistro*) Scilicet officiorum, penes quem cura est totius pene aulae & palatii. Gallis *Prevost de l' Hostel.* Cujac. *in l. 3. C. de praepos. sacr. cubic. lib. 12.* VINN. Immo non tàm aulae, quàm consistorio Principis praeerat, dictus ideo gubernare officia palatina, *L. 2. C. Theod. de Judaeis.* Hinc in comitatu Principis erat, ad eumque referebat ex libellis Magistratuum; vid. Gothofr. *Notit. dignitat. ad C. Theod. p. 326. Tomo 6.* HEIN.

Ex quaestore) Quaestor aetate Justiniani is erat, quem nostra aetas Cancellarium vocat, ut *pass. in Cod.* hoc est, ad quem cura legum & juris pertinet. Custos legum & famae publicae appellatur in *Nov.* Valentiniani *de homic. cas. fact.* & à Cassiod. aliquot locis. Exquaestores & Exconsules à Justiniano dicuntur, qui à Latinis, Quaestorii & Consulares. VINN. Vid. omnino Cassiod. *Var. 1. 12. v. 14.* HEIN.

Antecessoribus) Juris Interpretibus, ac Doctoribus, ἐξηγηταῖς, ut pass. in *praef. Pand.* τοῦ νόμου διδασκάλοις, *l. 6. §. 12. D. excusat. tut.* Qui forum sequebantur, Togati; Qui scholas, Antecessores, & Professores dicebantur.

Prima legum cunabula) Prima legum fundamenta, στοιχεῖα, seu elementa, primam legum audientiam appellat in *l. un. C. de nud. jur. Quirit. tollend.*

Antiquis fabulis) Jus antiquum & obsoletum intelligit, quo referti erant veterum Jurisconsult. libri.

Rerum obtineat argumentis) Huc pertinet illud Aristippi apud Laërtium, qui percontanti cuidam, quae potissimum adolescentibus essent discenda, respondit, quae viris usui futura sunt.

Post quadriennium) Theophil. μετὰ τριετῆ χρόνον. Sed aut erravit ipse, aut corrupti sunt Codices, ut patet ex praefat. ad antecess. Fabrot. *in not. ad Theop.*

Digni tanto bonore, tantaque reperti felicitate) Digni reperti tanto honore tantaque felicitate. Theop. τοσαύτης ἀξιωθέντες τιμῆς, καὶ τοσαύτης ἀπολαύσαντες εὐτυχίας, *dignati & assecuti.*

Divisio Institutionum.

4. *Igitur post libros quinquaginta Digestorum, seu Pandectarum, in quibus omne Jus antiquum collectum est, quod per eumdem virum excelsum Tribonianum, nec non caeteros viros illustres & facundissimos confecimus; in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimae scientiae prima elementa.*

4. *Pandectarum*) Pandectae παρὰ τὸ πᾶν δέχεσθαι, quòd omnis generis leges complectantur, Harmenop. *l. 1. tit. 1. §. 6.* VINN. Eamdem vocabuli rationem ipse Justinianus reddit, *quod omnes disputationes & decisiones in se babeant legitimas, & quod undique fuit collectum, boc in sinus suos receperint, l. 1. §. 12. Cod. de ver. Jur. enucl.* Sed non Justinianus hujus tituli auctor. Pandectas enim & Digesta jam scripserunt Ulpianus, Modestinus, immo & Sabinus, Julianus, Alfenus Varus, Celsus, Marcellus, & alii. HEIN.

Collectum est) Libri veteres, teste Hotom. *collatum est.* Et ita Theoph. ἐν οἷς ἠθροίσθη πᾶσα ἡ τῶν ἀρχαίων νομοθεσία.

Caeteros) Praeter Tribonianum, Theophilum, Dorotheum, tredecim aliis usus est Justinianus, quos enumerat & nominat *in praefat. Digest.*

In quatuor libros) Apud Theophil. abundant verba, τῶν εἰρημένων Διγέστων. Fabrot.

Quid in Institutionibus contineatur.

5. *In quibus breviter expositum est, & quod antea obtinebat, & quod postea desuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.*

5. *Desuetudine*) Theophil. ἀσυνηθείᾳ, quasi dicat *insuetudine.* Significat autem jura antiqua & antiquata, qualia multa in argumentis usucapionum, exhaeredationis liberorum, legatorum, successionum ab intestato, bonorum possessionum, satisdationum, &c.

Illu-

Illuminatum est) Theoph. ἐφωτίσθη. Intelligit autem & desuetorum quorumdam in usum revocationem, & aliorum vel interpolationem vel abolitionem.

Ex quibus Libris compositæ sunt Institutiones, atque earum recognitio, & confirmatio.

6. *Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, & præcipuè ex Commentariis Caji nostri, tàm Institutionum, quàm rerum quotidianarum, aliisque multis Commentariis compositas, cum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerint, & legimus, & recognovimus, & plenissimum nostrarum Constitutionum robur eis accomodavimus.*

6. *Præcipuè ex commentariis Caji*) Hoc ita esse vel ex reliquis scriptorum Caji, quæ in Pandectis supersunt, cuivis animadvertere licet; sæpius enim hujus unius, quàm cæterorum omnium verba in his libris proferuntur.

Nostri) Benevolentiæ significatio, ac sic plerumqne predecessores, qui nostræ fuerunt professionis, appellamus. *Scævola noster* apud Paulum & Triphonium sæpe: apud Pomponium *Cajus noster l. pen. D. de stip. serv.* Floruit sub Hadriano & Marco *l. 7. D. de reb. dupl. l. pen. D. ad SC. Tertyll.*

Recognovimus) Id est, corrigendi causa diligenter & attentè legimus: Cic. *pro Balb. cap. 5. Nos Cn. Pompeji judicium de consilii sententia pronunciatum recognoscemus.*

Constitutionum robur eis accommodavimus.) His verbis indicatur Institutionum confirmatio. Unde hæc præfatio Theophilo, διάταξις βεβαιοῦσα τὰ ἰνστιτοῦτα.

Adhortatio ad studium juris.

7. *Summa itaque ope, & alacri studio has leges nostras accipite: & vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari; D. CP. XI. Kalend. Decemb. D. JUSTINIANO PP. A. III. COS.*

7. *Summa ope & alacri studio*) Epilogus exhortatorius, ut in suasoriis usitatum, à spe & expectatione præmiorum, Cic. 1. *de orat. c. 8. Pergite, ut facitis, adolescentes, atque in id studium, in quo estis, incumbite, ut vobis bonori, & amicis utilitati, & Reipub. emolumento esse possitis.*

D. CP. XI. KAL. DECEMB.) Id est. *Data Constantinopoli XI. Kalendas Decembris, Domino Justiniano perpetuo Augusto tertium Consule.* In quibusdam libris, PP. quasi *Patre Patriæ*, quod ejus temporis consuetudo repudiat. Hottom. VINN. Quamvis ex hac subscriptione pateat, Institutiones prius, quam Pandectas confirmatas, auctoritas tamen utriusque libri ab eodem die 3. Kal. Jan. dependet. *l. 2. §. penult. C. de Vet. Jur. enucl.* Unde non semper Pandectæ derogant Institutionibus: sed observandæ sunt regulæ B. Huber. *in præl. ad h. l. §. 10.* HEIN.

TITULUS PRIMUS.

DE JUSTITIA ET JURE.

Concord. Lib. 1. Tit. 1. Dig.

1. *Partitio & series totius operis.*
2. *Justitiæ vulgata distributio explicata.*
3. *Etiam universalem justitiam disciplinæ civili propositam.*
4. *Utrum justitiæ in universalem & particularem distributio necessaria? sceptice.*
5. *Varia juris significata, & quæ in significatione boc verbum bic accipiatur?*
6. *Summa eorum, quæ boc titulo traduntur.*

1 DUo hæc in omni jure constituto insunt: jus ipsum seu lex, quæ jubet & constituit; tum res, quæ eo jure jubetur constituiturque: ac proinde universi juris tractatio duabus partibus continetur; quarum una est de jure constituente, sive de legibus qua naturalibus, qua civilibus: altera de jure constituto, sive de eo, quod legibus sancitum cautumque est. Et quia prima natura quæstio est de jure constituente, de eo etiam primo loco veteres tractaverunt: quod non modò in his Institutionum libris, sed etiam in Pandectis animadvertere licet. Nam prima quæstio proponitur atque absolvitur quatuor titulis in vestibulo sive ingressu Pandectarum; reliquo opere agitur de jure constituto. Idem & in Institutionibus nostris observatum est: siquidem duo priores tituli hujus libri primam quæstionem continent: reliqua parte operis altera quæstio, quæ multo latius pa-

patet, tractatur, atque ἰδίᾳ διαιρετικῇ absolvitur, initio facto à discretione materiæ sive subjecti hujus scientiæ: quæ divisio in hac quæstione omnium prima est generalissima. 2. Inscribitur hic titulus *de justitia & jure*. Aristoteli & plerisque moralis Philosophiæ professoribus justitia duplex est, universalis, & particularis. Ad universalem pertinet tritum illud Poetæ gnomologi;

Ἐν δὲ δικαιοσύνῃ συλλήβδην πᾶσ᾽ ἀρετή ἐστι.

Comprehendit scilicet in se hæc justitia etiam aliarum virtutum omnium officia, peculiari tamen cum respectu, quatenus nimirum illa necessaria sunt, aut conducunt ad perfectionem & conservationem civilis societatis, ut ne quid admittatur contra rationem aut honestatem, quod non admitti vel publicè vel privatim intersit. Hæc eadem justitia & legalis dicitur, propterea quòd non minus latè pateat quàm ipsæ leges, quæ etiam sunt regula & norma hujus justitiæ; unde à Cicerone *l. 1. de legib. c. 15.* definitur: *Obtemperatio scriptis legibus & institutis populorum*: ab Aristotele *lib. 5. Eth. 1. Obedientia erga omnes leges.* In summa hæc justitia à virtute in genere non differt essentia, sed hactenus tantùm, quòd quando consideratur ut habitus animi, dicatur virtus simpliciter; quando ut civilis societatis conservatrix, justitia, auctore Michaële Ephesio ad *d. loc.* Arist. Vitium huic legali justitiæ oppositum dicitur παρανομία. Particularis justitiæ duas species constituunt, quarum alteram διανεμητικὴν Aristoteles vocat, id est, *distributivam*; alteram συναλλακτικὴν, id est, *commutativam.* Distributiva respicit ἀξίαν, quod quisque meretur, quod cuique convenit, sive id premium sit, sive pœna, sive honor, sive onus. Commutativa suum cujusque proprie sumptum spectat, & alio nomine melius διορθωτικὴ à Philosopho appellatur: nam ut possessor rei meæ eam mihi reddat, non est ἐκ συναλλάγματος, & tamen ad eamdem hanc justitiam pertinet. Illud quoque perpetuum non est, quod pleriqae tradiderunt, à justitia commutativa respici proportionem simplicem, quam arithmeticam vocant, à distributiva comparatam, quam appellant geometricam, quæ mathematicis & revera sola proportio est; neque enim per se justitia commutativa à distributiva differt tali proportionum usu, sed objecto & materia circa quam versatur. Nam & contractus societatis expletur proportione comparata, & si unus tantùm aptus inveniatur ad munus publicum obeundum, non alia quàm simplici commensione attributio fit: & contra, si quis de suo legare velit, distributiva justitia uti solet, & merita considerare, *l. 9. ff. pro soc.* Sed & in delictis coercendis pœnarumque irrogatione modò arithmetica, modò geometrica proportio servatur: quod tamen totum est justitiæ distributritis, D. Grot. 1. *de jure bell. & pac. c. 1. num. 8.* Vitium particulari justitiæ oppositum πλεονεξία dicitur, cujus verbi vim Latini per vocem *injuriæ* ferè exprimunt. Disciplina civilis non dirigit internas animi functiones, & potissime versatur circa justitiam particularem in ejus juris obedientiam animos formans, cujus executio in judiciis urgetur. Negari tamen non potest, quin interim quoque spectet justitiam universalem, quæ omnium virtutum officia complectitur. Docet enim justè vivendum esse secundùm omnes leges; ipsaque adeo juris præcepta omnem speciem virtutis & honestatis continent, certè quatenùs eò spectant, ut justè vivatur, & civium inter se honesta sit societas, quod hìc quærimus. Et verò si legibus & legum latoribus proposita est universa virtus, ut sanè est, cùm beatitudo civilis sit universarum legum summa, teste Platone *5. de legib.* etiam legum scientiæ & consultis eadem proposita erit: neque enim minus latè patet officium Jurisconsulti in legibus interpretandis, quàm legislatoris in sanciendis: totoque falluntur judicio, qui officium Jurisconsulti cancellis forensium causarum circumscribunt. Utique illa: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito: rogum ascia ne polito; mulieres genas ne radunto, neve lectum funeris ergo habento*, & similia lege duodecim tab. cauta, nullo modo ad justitiam particularem referri possunt. Quòd si quid in hujusmodi quæstione valere debet auctoritas Principis, ipse Justinianus *Nov. 69. in pr.* disertè ait: *Justitiam illam, quæ singulis virtutibus assistit, easque ad debitum finem perducit*, etiam finem esse legum prudentiæ. Temperare mihi non possum, quin illud hìc subjungam, esse qui vulgatam illam justitiæ distinctionem negant 4
esse necessariam; & simplicius esse contendunt, si unum tantùm justitiæ genus esse dicamus. Quòd si verum est, sublata erit hæc disputatio. Hi ita disserunt. Ut singularum virtutum omnium, ita & justitiæ unum genus esse, διορθωτικὴν πάσης ἀνισότητος, ἢ ἀδικίας, sicut ex contrario nec duo injustitiæ genera sunt, sed unum tantùm, sive τὸ ἄνισον dicas, sive παράνομον utrumque enim omnem comprehendere injustitiam, etiam ipsum Aristotelem docere: neque παρανομίας & πλεονεξίας genera esse opposita, sed hanc illius speciem, hoc item & Aristotelem fateri. Ad hæc non simpliciter ve-

verum esse, quòd reliqua injustitiæ genera non tantùm pugnent cum justitia, verùm etiam cum alia virtute: πλεονεξία autem cum sola justitia: quo maximè argumento ad distinctionem suam probandam utitur Aristoteles. Posse quidem in una actione cum alio vitio injustitiam concurrere: cæterum nullas actiones injustas, quatenus injustæ sunt, cum alia virtute directo pugnare, sed cum justitia dumtaxat: sicut nec ex contrario alia vitia cum justitia, sed cum oppositis sibi virtutibus. Ut ecce: Qui adulterium committit, eum & injustum esse, quòd alienum violat thorum, & intemperantem propter expletionem libidinis. Jam verò violare thorum alienum, quod est injustitiæ, non pugnare cum temperantia (quid enim, si quis quæstus sui causa id fecerit) nec explere libidinem cum justitia non magis, quàm si quis libidinis explendæ causa cum scorto congressus sit. Denique ex hoc etiam exemplo patere, posse & πλεονεξίας eodem modo cum alia virtute committi: nam adulterum & πλεονέκτην esse sive injurium, & intemperantem. Innumera verò afferri posse, quæ cùm sint ἀδικήματα, & in speciem πλεονεξίας non cadant; cùm nulla tamen alia virtute pugnent, quàm cum justitia. Nam si quis è decem, quos habebat, sex servos testamento manumiserit: aut si minor viginti annis servum manumiserit, non dicta apud Consilium causa; utrumque injustè facere, illum contra legem Fusiam Caniniam, hunc contra legem Æliam Sentiam: neutrum tamen injurium esse, neutrum ignavè aut intemperanter facere. Si vir uxori quippiam donaverit: si fundum dotalem cum consensu uxoris alienaverit aut obligaverit: si fœmina intercesserit: si filiofam. pecunia mutuo data sit: si frater sororem adoptivam uxorem duxerit; hasce actiones omnes & similes injustas esse, & legibus aut senatusconsultis improbari: nec tamen qui istas faciunt, injurios dici posse, aut intemperantes, vel ignavos. Cæterum nihil in præsentia definio.

5 Juris vocabulum πολύσημον est: propria significatio una, minus propriæ plures. Propriè jus dicitur naturæ aut populi ejusve, qui vicem populi sustinet, jussum. Arguit id etymon ipsius vocabuli, quod à jubendo dictum esse vel ex eo liquet, quòd veteres, auctore Festo, jura dixerunt *jussa*. In hac autem significatione passim usurpatur: veluti cùm dicimus, Jure quid fieri; Juris rationem non pati; Contra jus esse; sic dicitur jus naturale, civile, prætorium. Cæteræ significationes minus propriæ; ut primò cum jus accipitur pro eo, quod jure continetur, & cuique tribuitur. Idque vel generatim, & indefinitè, ut in hisce formulis aut id genus aliis, cùm dicimus: Jus suum cuique tribuere. Neque mortalium jus suum detrahi oportere: eodemque modo haud dubiè accipi debet, cùm dicimus, Jura sanguinis, agnationis, naturalia & adoptionis jura, nempe pro beneficiis sanguini, agnationi, naturæ adoptionis jure tributis. Vel specialiter pro facultate & potestate jure tributa, quod fit quoties verbis faciendi jus adjungitur; ut in definitionibus itineris, actus, viæ, ususfructus, actionis, in quibus omnibus metonymia est continentis pro contento. Secundò cùm jus accipitur pro juris arte per eamdem figuram converso modo, ut in *l. 1. pr. hoc tit.* Tertiò cùm accipitur pro loco, in quo jus redditur, ut cùm dicimus: *In jus vocare, in jure confessos pro judicatis haberi*: in quo idem ferè tropus est, μετωνυμία adjuncti pro subjecto; *l. pen. eod.* Quòd si nunc quæratur: Qua in significatione jus hoc loco accipi debeat, propriane, an figurata? Constanter respondebimus: in propria. Arguit hoc ipsa materia, quæ & in hoc & in seq. titulo tractatur. Arguunt definitiones & divisiones, quæ utroque titulo & in π' eod. traduntur: ut mirum sit inveniri qui seriò contendunt, jus hìc pro juris arte accipiendum. Summa eorum, 6
quæ hoc titulo tractantur, hæc est. Primùm traditur definitio justitiæ & jurisprudentiæ, quaque ratione ac via tyronibus hæc disciplina proponenda sit, judicatur. Hinc jam ea pars, quæ est de jure constituente, inchoatur, traduntur que juris præcepta, juris civilis divisio, & subdivisio privati. Singula nunc videamus.

Textus.

Definitio justitiæ.

Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

Notæ.

Auctor hujus definitionis est Ulpian. *l. 10. D. hoc tit.*

Voluntas) Metonym. pro habitu volunratis sive ἕξις, ἀφ' ἧς βουλόμενοι τὰ δίκαια. ut Paraphrast. ad 5. *Nicom. c. 1.*

Jus suum cuique) Objectum justitiæ est jus cujusque suum: finis, ut id quisque obtineat, id est, ut cuique quod ei debetur tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Athanas. in syn. 8. ser. ἀποδιδόναι ἑκάστῳ τὸ ἴδιον. Plato 1. *de Rep.* hunc finem exprimit his verbis, τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι.

Tri-

Tribuendi) Aliàs *tribuens*, Theophil. νέμουσα Cic. 5. *de fin. c.* 23. *Affectio animi suum cuique tribuens, quæ justitia dicitur*: & ita etiam alibi, *lib.* 1. *de off. c.* 4. & 2. *ad Heren. c.* 52. *seq.*

COMMENTARIUS.

VOluntas) Scimus voluntatem esse potentiam naturalem, justitiam autem virtutem esse & habitum animi προαιρετικὸν, ac proinde qualitatem adventitiam. Falsum igitur, dicat aliquis, genus. Si respondemus, genus esse metonymicum, effectumque pro causa positum, voluntatem scilicet pro habitu, qui eam efficit; jam contra omnem Philosophiam omnemque rationem videbimur qualitatem acquisitam causam statuere qualitatis & potentiæ naturalis. Verùm observandum est, non simpliciter pro genere voluntatem poni, sed ἐπιθέτως voluntatem constantem & perpetuam. Ut velimus, à natura est; ut constanter, ab habitu. Potentia naturalis, quatenus promovet habitum, ejus ex parte causa est: quatenus autem ipsa politur ac perficitur ab habitu, effectum.

Constans & perpetua) σταθηρὰ, καὶ διηνεκὴς, quæ verba justitiæ habitum ibi demum esse indicant, ubi perpetuò & constanter quis agit, atque ut Aristoteles loquitur βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως ἔχῃ 2. *Eth.* 4. Ne quis autem putet, vitiosum esse, quòd justitia definiatur per ejusmodi habitum, cujus homo non sit capax; res definiri solet non ad conditionem subjecti, sed qualis est essentia sua: sicut ab Aristotele felicitas, à Platone Respublica, à Xenophonte Princeps, à Cicerone & Quintiliano Orator describitur. Eodem modo & justitia hìc definitur, non ut inest huic vel illi subjecto, sed prout inesse debet justitiam profitenti: in abstracto, inquam, non in concreto. VINN. Hæc definitio Stoam redolet, quam pleraque Jureconsultorum scripta. Omnis autem virtus, adeoque & Justitia Stoicis in constante & perpetua voluntate posita videbatur. Cic. *Parad.* 3. 1. *Sen. Epist.* 66. & 121. HEIN.

Jus suum cuique tribuendi) ἑκάστῳ τὸ ἴδιον ἀπονέμουσα δίκαιον. Quod dialecti docent, habitus definiri assumpto ad genus objecto & fine, id etiam in hac definitione observatum. Objectum justitiæ est jus cujusque suum; finis; ut id quisque obtineat, hoc est, ut cuique quod ei debetur, tribuatur: Delictis etiam debetur pœna. Atque hunc finem simpliciter Plato expressit his verbis, τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι 1. *de republ.* Auctor propositæ definitionis est Ulpian. *l. Justitia.* 10. *hoc eod. tit.* plenior & planior hæc est: Justitia est habitus animi, per quem ita affecti sumus, ut suum cuique, quantum in nobis est, tribuere velimus.

TEXTUS.

Definitio Jurisprudentiæ.

1. *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.*

NOTÆ.

Jurisprudentia) Quæ & scientia & ars juris, & intelligentia, & civilis sapientia. His enim nominibus promiscuè uti solent qui populariter loquuntur.

Divinarum atque humanarum rerum) Subjectum: modus autem considerandi, quatenus de jure earum quæritur; quem modum indicant verba sequentia, *justi atque injusti* M. Vv.

Scientia) Jurisprudentia est habitus intellectus: Justitia ut virtus moralis est habitus voluntatis. Hæc etiam definitio Ulpiani est *d. l.* 10. §. 2. *D. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

JUrisprudentia) Disciplina nostra nunc scientia, nunc ars juris, nunc intelligentia, nunc civilis sapientia, hìc prudentia appellatur: hisce enim nominibus promiscuè utuntur non Jurisconsulti tantùm, sed etiam cæteri auctores, qui populariter loquuntur. At enim cùm hæc disciplina sit habitus practicus: (est enim sine controversia pars Philosophiæ practicæ) si strictè loqui volumus, & ad certas habitus intellectualis species singula illa nomina cum Aristot. 9. *Eth.* 3. accommodare; solum nomen prudentiæ huic disciplinæ tum conveniet.

Divinarum atque humanarum rerum notitia) Hæc item descriptio Ulpianum auctorem habet *l. justitia* 10. §. 2. *hoc tit.* Genus in hac descriptione est notitia aut scientia; idem enim hæc duo significant. Differentia petitur à subjecto ejusque considerandi modo: unde & finis sponte sua intelligitur. Subjectum jurisprudentiæ sunt res divinæ & humanæ: modus considerandi, quatenus de jure earum quæritur; scilicet ut norimus, an in iis, aut ad eas, & quatenus jus aliquod habeamus. Nam in hunc finem res dividuntur in eas, quæ divini, quæque humani juris sunt: quæ in commerciis atque extra commercia: quæritur in rebus humanis, quæ publicæ, quæ privatæ: & in

in his earum acquisitio, conservatio, alienatio, & id genus alia, quorum omnium tractatio ad Jurisconsultum pertinet. Hunc verò considerandi modum sequentia definitionis verba indicant, *justi*, *atque injusti scientia*: nempe hactenus res divinas & humanas esse objectum hujus scientiæ, quatenus ea cùm de jure harum rerum quæritur, quid justum aut injustum sit doceat. Quòd si cui hæc explicatio subtilior videtur: ecce aliam magis popularem. Certum est, disciplinam civilem non tantùm in privati, sed etiam in publici juris cognitione versari: publici autem juris cùm pars sit divinum, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* merito ea rerum divinarum atque humanarum, hoc est, divini & humani juris notitia dicitur. Justi, atque injusti, id est, ejus, quod fas & jura sinunt, aut non sinunt, scientia. Sanè veteres juris Interpretes etiam sacris cæremoniisque Deorum præfuisse testis est historia. A Celso hæc disciplina ab officio eam profitentis elegantissimè & brevissimè describitur. *Ars æqui & boni d. l.* 1. *in pr.* Siquidem officium Jurisconsulti & prudentia illius tota in eo consistit, ut quid in re quaque æquum, quid iniquum sit, videre, tum discernere, & de eo respondere possit consilium sibi expetentibus. Vinn. Hæc quoque definitio Stoica est. Stoici enim ita describere solebant Philosophiam, Sen. *Epist.* 89. Quum verò inter Jureconsultos & Philosophos ἀπράκτους magna esset æmulatio, Merill. *Observ.* 11. & illi sibi veræ & non simulatæ Philosophiæ studium tribuere solerent: *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* non dubitarunt definitionem Philosophiæ jurisprudentiæ tribuere, addita tamen differentia specifica: *justi atque injusti scientia*. Hein.

Textus.

De juris methodo.

2. *His igitur generaliter cognitis, & incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissimè, si primò levi, ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur: alioqui si statim ab initio rudem adhuc & infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus; duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut eum magno labore, sæpe etiam cum diffidentia (quæ plerumque juvenes avertit) serius ad id perducemus, ad quod leviore via ductus, sine magno labore & sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.*

Notæ.

Generaliter) Cursim, obiter, summatim, ἐν παρέργῳ.

Levi ac simplici via) Τυπωδῶς, crassa ac pingui Minerva. Præclarè Aristot. Δεῖ γὰρ, inquit, ὑποτυπῶσαι πρῶτον ἐνθ' ὕστερον ἀναγράφειν, *Prius lineamenta prima ducenda sunt & opus informandum, post utendum veris coloribus.* Nec minus scitè Quintil. 1. *Inst. orat.* 2. *Ut Vascula*, inquit *oris angusti superfusam humoris copiam respuunt, sensim autem influentibus complentur, sic animi puerorum.*

Diligentissima atque exactissima) Hoc ad summam scientiæ est necessarium, ut prius illud incipientibus magis convenit.

Duorum alterum) Δυοῖν θάτερον. Quintilian. *Proœm. lib.* 8. *Incipientibus brevius & simpliciùs tradi convenit: aut enim difficultate institutionis tam numerosæ atque perplexæ deterreri solent; aut eo tempore, quo præcipuè alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atteruntur.*

Cum diffidentia) Cic. *in orat. c.* 1. *Vereor, ne tandem studia multorum, qui desperatione debilitati experiri id nolunt, quòd assequi se posse diffidant.*

Commentarius.

Quod pictores facere solent, qui prius lineamenta prima ducunt & opus informant, post veris coloribus utuntur: id etiam in quavis arte docenda faciendum est. Primò enim τυπωδῶς crassè & simpliciter, postea ἀκριβέστερον, diligentius & subtilius unumquodque tradendum. Illud incipientibus magis convenit; hoc ad summam scientiæ est necessarium.

Duorum alterum) Duplicem hujus rei rationem affert. Prima est. Ne difficultate initio proposita deterreantur animi adolescentum; voluntatemque discendi unà cum spe perdiscendi abjiciant. Altera, ut maturius ad cognitionem hujus scientiæ ab hoc auditu patefacto perveniant; ad quam aut serius aut nunquam pervenireut (certè non sine magno labore aut diffidentia) si eo tempore, quo præcipuè alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atterantur; ut disputat Fabius in *proœm. lib.* 8. *Inst. orat.* Commentariorum, quod ad incipientes attinet, eadem ratio. Cæterum qui jam aliquandiu hoc simplici cibo pasti sunt; iis nihil prohibet eumdem paulò doctius conditum iterum apponere, novoque & piperato jure deficientem excitare appetentiam. Mihi animus

mus est, uno promiscuo apparatu & frugaliter incipientes & opiparè provectos nitidè omnes excipere.

Textus.

Juris præcepta.

3. *Juris præcepta sunt : Honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.*

Notæ.

3. *Juris præcepta*) Non regulæ artis Juris, ut Hopper. & Cont. sed dictata juris naturæ αἱ κοιναὶ καὶ φυσικαὶ ἔννοιαι, insitæ & quasi consignatæ in animis nostris notiones; *ex l.* 10. §. 1. *D. eod.*

Honestè vivere) Hoc præcepto vetantur omnia, quæ pugnant cum bonis moribus & publica honestate, etiamsi non expressè prohibita. *Est aliquid* inquit Cic. *pro Balbo, c.* 3. *quod non oporteat, etiamsi licet.* Fac. *l.* 144. *de reg. jur.*

Alterum non lædere, suum cuique tribuere) Horum alterum ad personam alterius referri videtur: alterum ad res externas. Cic. 1. *de offic. c.* 5. *Justitiæ primum munus est, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis.* Sen. 3. *de benef. c.* 14. *Æquissima vox est, & jus gentium præ se ferens, Redde quod debes.*

Commentarius.

Non assentior Hoppero *lib.* 1. *de art. jur.* nec Contio ad *hunc* §. qui præcepta hoc loco & apud *Ulp. l.* 10. §. 1. *eod.* pro regulis hujus artis posita putant. Siquidem præcepta artium principia sunt cognoscendi; ut definitiones & divisiones: atque ita non tres regulæ; sed una tantùm proponeretur præceptorum juris distributio. Rectius præcepta hic accipiemus generalia quædam dictata ac præscripta juris illius communis, quod semper æquum & bonum est, sive notiones quasdam à natura insitas & quasi consignatas in animis nostris κοινὰς καὶ φυσικὰς ἐννοίας. Et primò quidem, quo vitæ honestas præcipitur, intelligi oportet vetari facta omnia, quæ lædunt pietatem, verecundiam, existimationem nostram, & generaliter quæcumque pugnant cum legibus, bonis moribus, & publica honestate: in tantum ut etiam ab iis nonnumquam abstinendum sit propter honestatem, quæ legibus civilibus permissa, aut non expressè prohibita sunt, juxta tritum illud, *Non omne, quod licet, honestum est.* De quo multa præclarè Pet. Faber ad *l. non omne*, 144. *de reg. jur.* Nimirum est aliquid, quod non oportet, etiamsi liceat, ut benè Cicero *pro Balbo c.* 3. Neque vero simplex hæc admonitio est, ut quibusdam videtur, sed verum atque efficax juris naturalis præceptum: licet hic aliquando claudicet & conniveat lex civilis; errantque adeo, qui cum hoc præcepto committunt lupanaria, quæ passim tolerari constat. Ἔμψυχος est legis civilis, cujus latorem officii sui admoneant, ne vel boni causa mala fieri permittat. Hoc enim prætextu hujusmodi conniventia excusari solet, *quod propter redundantem in humana natura perversitatem quædam etiam non decora ac salutaria, adeoque decreto Spiritus damnata toleranda sint, ne majoris mali præbeatur occasio.* Verba ferè sunt & ratio Imp. Leonis, qui usum usurarum, quas pater sustulerat, hoc obtentu non dubitat restituere. *Nov. Leon.* 83. Duo reliqua præcepta duo distincta numera justitiæ evidenter continent. Sic enim crassè ea accipio; ut secundum (*alterum non lædere*) ad personam alterius referatur, ne alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, existimationem lædamus, aut violemus: tertium (*suum cuique tribuere*) ad res externas, ut ab alieno manus abstineamus, hoc est, res alterius non attrectemus aut minuamus; ut patiamur unumquemque rebus suis uti; ut reddamus quod alienum apud nos est. Cui explicationi consentaneum est quod scribit M. Tullius *lib.* 1. *Offic. c.* 5. *Justitiæ primum munus esse, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis.* Plus justo religiosi sunt, qui nec plura esse juris præcepta contendunt, nec pauciora. Nam & uno ex his tribus generaliter universum justitiæ munus comprehendi potest, ut in definitione justitiæ tertio præcepto duo priora comprehensa sunt: possunt & quædam justitiæ munera aliis præceptis aut verbis specialius aut evidentius exprimi; ut *Deum colere*, *Parentes revereri*, *Pacta servare*, &c. Nemo melius hæc explicavit, quàm Claudius Cantiuncula in doctissima sua paraphasi. Vinn. Sed & hæc Juris præcepta Stoica sunt. Honestum iis ex quatuor virtutibus cardinalibus existere videbatur, *prudentia, temperantia, fortitudine, & justitia. Honestè* ergo *vivere* ad temperantiam pertinet; *neminem lædere* ad fortitudinem: *suum cuique tribuere* ad justitiam; Prudentiæ tamquam virtutis intellectualis, rationem non habuerunt jureconsulti. Est hæc observatio viri eximii, Thomasii *in Not. ad Instit. h. t.* Hein.

Tex-

TEXTUS.

De jure publico & privato.

4. *Hujus studii duæ sunt positiones; publicum, & privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est: collectum enim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.*

NOTÆ.

4. *Duæ positiones*) Id est, duo themata, partes, species, δύο εἴδη. Ex Ulp. *l.* 1. §. 2. *eod.* Alii tres fecère species; sacrum, publicum, privatum. Auson. *in Idyll.* 15. Sed Ulp. *d. loc.* sub publico etiam sacrum comprehendit. Bud. VINN. Frequenter Jureconsulti veteres eas species, quæ habent mixtam causam, negligunt, quasi confusas cum simplicibus, atque inde ejusdem rei modo tripartita, modo bipartita distributio est. Rem omnem confecit V. C. Ger. Noodt. *Probab.* 1. 12. qui & hoc ipsum exemplum huc refert. *Obs.* 11. 21. HEIN.

Quod ad statum rei Romanæ) Quod utilitate publicum est, non quod sola auctoritate; est enim hæc divisio à fine sumpta, non à causa efficiente.

Ad singulorum utilitatem) Quod privatim ad cujusque civis rem pertinet familiarem. Quamquam & hoc per consequentiam publicè, & illud privatim utile.

Collectum ex naturalibus præceptis, &c.) Jus quo privati in civitate utuntur, tribus quasi ex fontibus in Remp. defluxit, natura, gentium institutis, & inventis cujusque civitatis.

COMMENTARIUS.

1 *Quot modis dicatur jus publicum.*
2 *Antonius Orator notatus.*
3 *Aristotelica juris civilis distributio explicata.*
4 *Justinianus immerito reprehensus à Rod. Agricola.*
5 *Ulpianus cum Gajo, &c. conciliatus.*
6 *Appellatione juris positivi quale jus significetur?*
7 *Optima juris privati divisio.*

HUjus studii duæ positiones) Studium figuratè pro jure, cui studetur: nam studium nullum publicum est, sed cujuslibet proprium & privatum. Positiones, id est, θέματα, partes, species, δύο εἴδη. Est autem hæc divisio sumpta ab objecto ac fine principali: & fortasse rectius tres species ponerentur, ut à Cicerone 1. *de legib.* & Ausonio in *Idyll. Divinum publicum, & privatum*: aut si διχοτομία magis arridet, dividi commodè potest in *divinum & humanum*; humanum deinde subdividi in *publicum & privatum.* Enimvero Ulpianum hujus divisionis auctorem sub publico etiam divinum comprehendisse certum est: ait enim, *Jus publicum in sacris, Sacerdotibus & Magistratibus consistere*, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Cæterum juris illius sacri, ut ethnici, & impii, tractationem in π' omiserunt Compositores Christiani. Quæ autem de hoc jure extant in Codice Christianorum Imp. constitutiones eatenus recipiendæ sunt, quatenus verbo Dei non repugnant. VINN. Studium pro arte itidem στοῖχος dicitur, uti ostendit Merill. *Observ. Lib.* 1. *c.* 2. Jus divinum humano oppositum, alioquin non est jus de rebus sacris, sed jus à Deo profectum: nec admodum concinna videtur illa διχοτομία, immo nec necessaria quidem, cùm jus sacrum sine dubio sit pars nobilissima juris publici. HEIN.

Publicum jus est) Juris publici nomen non uno modo accipitur. Id, ne quem turbet, sciendum est, jus publicum sæpe dici non à materia & fine, ut hoc loco, sed à forma aut causa efficiente; non quod utilitate publicum est, sed auctoritate. Ita accipitur in *l.* 8. *de tutel. l. ex sententia* 29. *de test. tut.* multisque aliis in locis. Item apud Terent. *in Phorm.* 11. 11. 65. *An ne id quidem adipiscar ego, quod jus publicum est?* In *l. quod* 15. §. 1. *ad leg. Falc.* dicitur retentio Falcidiæ jure publico competere, *in l. damni* 18. §. 1. *de dam. inf.* Usucapio jure publico contingere, hoc est eo jure, quod publicè sive publica auctoritate constitutum est. Eodem sensu & testamenti factio juris publici esse dicitur, *l.* 3. *qui testam. fac.* nimirum quia à lege est, seu publica legis auctoritate concessa, *l.* 1. *pr. vers. secundo ad leg. Fal. l. verbis legis* 120. *de verb. sign.* Atque hæc omnia ad differentiam ejus juris; quod cuique privatim acquiritur ex conventionibus, quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent; quod Papinianus sic expressit, *l. ult. de suis & legit. Privatorum cautiones legum auctoritate non censentur.* Et quòd passim legimus jus publicum privatorum pactis mutari aut infringi non posse, *l. jus publicum* 38. *de pact. l. Neratius* 20. *de relig. l.* 15. §. 1. *ad leg. Falc. l. neque pignus* 46. §. 3. *de reg. jur.* nihil aliud significat, quàm ex eo jure aut forma ejus juris, quod quacumque de re publicè consti-

ſtitutum eſt, privatorum pactionibus nihil poſſe immutari, *d. leg. nec ex 27. de reg. jur.* Interdum & jus publicum accipitur pro jure, quod civium omnium ejuſdem civitatis commune eſt. Nam quod Papinian. in *l. inter 51. §. pen. de fidejuſſ.* & Zeno in *l. ult. C. de reſt. in integ.* commune appellant, id eodem ſenſu publicum appellat Ulpian. *l. nihil conſenſui 16. §. 1. de reg. jur.* Itemque Imp. *l. 2. C. ne ux. pro mar.* ad diſtinctionem, ut videtur, juris ſingularis ſive privilegii, quod certarum dumtaxat perſonarum proprium eſt. Hoc autem loco ab objecto & fine id ſolùm jus publicum dicitur, quod ad utilitatem publicam, hoc eſt totius populi univerſim & conjunctim pertinet; non item ad ſingulos, niſi ſecundariò & per conſequentiam. Nam quod publicè utile eſt, id non poteſt non utile eſſe privatim; quemadmodum ex privatorum utilitate publicam quoque per conſequentias æſtimamus, veluti cùm dicimus, *Publicè expedire, ſuprema hominum judicia exitum habere: Intereſſe Reip. ne quis re ſua malè utatur*, aliaque id genus.

Rei Romanæ) Id eſt, *Reipub. Romanæ.* Virg. *6. Æneid. v. 857. Hic rem Romanam magno turbante tumultu ſiſtet eques*, de Marcello loquitur Ennius; *Moribus antiquis res ſtat Romana viriſque.* Si vocem *Romana* detrahas; definitio erit generalis: ſed hic adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ cum Romana collatæ, privatorum loco erant, *l. 15. & ſeq. de verb. ſign.* Vel potiùs, quia Juſtiniano tantùm propoſitum eſt, jus Romanæ civitatis tractare, uti & Ulpiano, unde hæc ſumpta ſunt. Juris publici ſunt, quæ pertinent ad religionis cultuſque divini curam; ad pacis bellique ordinationem; ad fines & magnitudinem imperii; ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum; tributorum imperandorum; monetarum cudendarum: ad exercenda judicia; delicta coercenda; Magiſtratuſque creandos, per quos hæc expediantur.

Quod ad ſingulorum) Jus privatum in hac diviſione eſt, quòd ſingulorum civium cauſa recta & principaliter comparatum eſt: Itaque & teſtamenti factio, & retentio Falcidiæ, & uſucapio, &c. hoc ſenſu ſunt juris privati.

Dicendum eſt de jure privato) Juris publici tractatio difficilior atque ſublimior Juſtiniano
2 viſa eſt, quàm ut tyronibus proponi debeat; ideòque nec nos plura de eo dicemus. Cæterum ut illud obiter moneam, quod locus poſtulare videtur, apparet ex hac juris diviſione, itemque ex definitione juriſprudentiæ, Antonium apud Ciceronem *l. 1. de orat. c. 48.* non Juriſconſultum, ſed leguleium deſcribere, *Qui legum & conſuetudinis ejus, qua privati in civitate utuntur, & ad reſpondendum & ad agendum & ad cavendum peritus ſit.* Præſtantiſſimam ſcilicet hujus artis partem, juris publici ſcientiam, conſultò præteriit homo Juriſconſultorum gloriæ ſubinvidens, & iniquè de hac ſcientia judicans. VINN. Immo *Leguleius* non videtur, ſolius juriſprivati peritus, ſed qui legum tantum gnarus, earum & rationem ignorat & applicationem; quemadmodum, qui de ſola applicatione & praxi, quam vocant, ſollicitus, nullam accuratiorem juris notitiam præmittit, *rabula* vocari ſolet. Ita Cicero hæc vocabula accipit *Lib. 1. de Orat. cap. 46. & 55.* HEIN.

Tripartitum eſt) Diviſio è cauſis efficientibus, id eſt, auctoribus juris, natura, naturali ratione, & civitate. Quanquam hic non tam dividitur jus civile, quàm principia ejus & origo indicatur, atque ſecernitur; ut verba *Collectum eſt* oſtendunt, & notat D. Weſemb. Cæterum non eſt adeò abſurdum, ut multi exiſtimant, jus civile tamquam genus conſtituere, cujus ſpecies ſint, naturale, gentium, & civile in ſpecie: dummodò jus civile, quatenus in ea diſtributione ut genus conſideratur, accipiatur pro eo jure, quo quæque civitas in univerſum utitur; civile autem in ſpecie, pro eo quod legiſlator à ſe conſtituit, & poſitivum paſſim appellatur. Eodem namque ſenſu Philoſophus 5. *Eth.* 7. dividit jus πολιτικὸν 3
in φυσικὸν καὶ νομικόν. Jus enim naturæ ſive gentium communis omnium populorum fons eſt, unde hauriunt ſinguli, quod ad ſuæ civitatis mores accommodent; quamvis id non uno omnes modo faciant. Atque huc pertinet quod Gajus ſcribit in *l. omnes populi 9. hoc tit. Omnes populos partim communi omnium hominum jure uti, partim proprio*: quod Ariſt. *d. loc.* appellat νομικὸν, & ſpeciem facit τοῦ πολιτικοῦ. 4
Notat Juſtinianum Rod. Agricola *lib. 2. de invent. dial.* quòd dumtaxat jus privatum ex triplici illo jure collectum dicat, quaſi hoc ipſo negaret, jus publicum ex iiſdem præceptis collectum eſſe. Sed hoc minimè ſequitur. Nam ſatis Juſtiniano viſum eſt, cauſam & originem indicare ejus juris, de quo dicturus erat, nimirum privati; inſuper habito, an ex iiſdem præceptis etiam originem traheret jus publicum. Sed nec rectè dixeris naturam, ſive jus naturale, ut id in ſpecie accipiunt Juſtinian. & Ulpian. pro jure cum brutis communi, cauſam eſſe juris publici; quod & Baro rectè obſervavit. Nec tamen aſſentiendum Mynſingero, qui cum Alciato 1. *parerg.* 31. contendit,

jus publicum tantum esse ex præceptis civilibus. Nam præterquam quòd manifestum est, religionem erga Deum, *l. 2. hoc tit.* & imperia Magistratuum per ea, quæ Aristot. 1. *polit.* 2. esse ex jure gentium, constat ipsos Romanos sacra, cæremoniasque suas, atque omnia ferè, quæ ad Magistratus aliaque jura publica pertinent, à plerisque Italiæ populis ac præsertim Hetruriæ accepisse. De communi notitia de Deo locus est omni exceptione major apud Paulum ad *Rom. c.* 1. sunt & apud Cic. 1. *Tusc. c. 16. & 2. de nat. Deor. c. 2. & 15.*

5 *Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus*) De numero generum juris dissensisse Veteres videri possunt. Nam Ulpianus in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* quem hic sequitur Justinianus, tria genera ponit, naturale, gentium, & civile. Cajus in *l. omnes populi 9. eod.* duo tantùm, commune, & proprium; neque Philosophi plura genera agnoscunt quàm naturale & positivum. Sed tantùm in tractandi modo, non in re dissensio est: revera enim duo tantùm sunt summa juris genera, naturale & civile seu positivum: sed in hac bimembri divisione primum genus duas priores species tripartitæ illic complectitur, in quas etiam deinde subdividi potest. Ulpianus enim brevitatis causa species unius generis cum altero genere unica divisione complexus est; quod ei familiare esse apparet ex *l.* 4. *hoc tit. l. 5. de pact.* Nomina quoque generis docendi causa, cùm propria deficerent, speciebus indidit, jus naturale vocans, quod similitudine quadam homini cum cæteris animantibus commune est; Gentium, quod humani generis proprium. 6 Observandum autem est, non omnes, qui jus dividunt in naturale & positivum, hasce species eodem sensu opponere. Nam sunt, qui appellatione juris naturalis intelligunt quidem tum jus, quod hominibus cum brutis commune est, tum etiam jus gentium, quod primævum vulgo appellant; sed jus gentium secundarium, speciem faciunt juris positivi, sicut & civilis; idque rationi magis consentaneum putant Wesemb. *par. hoc tit. n.* 15. Greg. Lopez *animad. c.* 3. D. Grot. 1. *manuduct. ad jurisp. Bat. c.* 2. item *lib. 1. de jur. bel. & pac. c. 1. n. 9. & seqq.* Alii verò appellatione juris naturalis positivo oppositi complectuntur jus omne, quod non est à potestate civili, nec tantùm jus gentium primævum, sed etiam secundarium: quod & Veteres interdum faciunt; ut videre est in *l. 1. de acq. rer. dom.* §. *singulorum, infra de rer. div.* Sed sæpius tamen & hi jus naturale ex adverso juri gentium secundario opponunt: ut in §. 2. *tit. proximè sequenti inf. de libertin. in pr. l.* 4. *hoc tit.* In divisione proposita etiam primario opponitur; quæ tamen oppositio vix ullum usum habet, ut demonstrabitur tit. seq. 7 Optima divisio erit, si dicamus: Jus quodam esse commune omnium gentium, aliud esse proprium cujusque civitatis. Quod commune est omnium gentium, partim nobis commune esse cum bestiis, partim proprium generis humani. Proprium generis humani, partim homini innatum, partim communi hominum consensu introductum.

TITULUS SECUNDUS.

DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI.

Summa eorum, quæ hic explicantur.

HOc titulo species juris privati, in quas supra §. *ult. prae. tit.* divisum est, Imperator singulatim persequitur & explicat. Quo peracto, juris civilis Romanorum, quod solum suscepit, tractationem adgreditur. Ac primùm illud dividit ex adjuncto in scriptum & non scriptum: scriptum deinde subdividit in suas species, quas ordine item explicat. Postea jus civile à naturali distinguit ratione diversi effectus. Ad extremum viam sternit ad rectam perceptionem juris constituti, proposita discretione materiæ, circa quam jus omne, quo utimur, versatur.

TEXTUS.

De jure naturali.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia istius juris peritia censeri.

NOTÆ.

Omnia animalia docuit) *l. 1. §. 3. D. de just. &*

& jur. Dicuntur verùm hæc καταχρηστικῶς, eo quòd quæ hujus juris sunt, etiam bruta faciant solo quidem impetu naturæ, cæterum cum similitudine sensus ac desiderii humani. Cic. *in Lat. c.* 8. Unde tales brutorum actus Arist. 9. *de hist. anim. cap.* 7. appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς. Propriè autem juris capax non est, nisi natura utens præceptis generalibus. Grot. 1. *de jur. bell.* 1. Νόμῳ καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν. Plutarch. *Cat. maj.* In bestiis tantùm apparet juris aliqua imago. Salmas. *de usur. cap.* 9.

Maris atque fœminæ conjunctio) Lactant. *l.* 6. *c.* 23. *Cum excogitasset Deus duorum sexuum rationem, attribuit ipsis, ut se invicem appeterent, & conjunctione gauderent, eaque ratione propagari & multiplicari genera possunt.*

Educatio) Cic. 1. *de off. c.* 3. *Quemadmodum communis est animantibus conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata sunt.* Nam ut idem *lib.* 3. *de fin. c.* 19. *Hæc inter se congruere non possent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret.* Huc vel maximè pertinet studium tuendi suî adversùs vim illatam. *Cic.* 1. *de off. c.* 7.

Peritia censeri) Id est, haberi pro peritis hujus juris, eorum numero adscribi. Theoph. ἐν τοῖς τιμῶσι τοῦτον τὸν νόμον ἀναγεγραμμένα; id est, *his qui hunc legem observant, adscripta*; quidam malunt, *perita*.

COMMENTARIUS.

1 *Animantia bruta propriè juris capacia non esse, & num.* 4.
2 *Parentes alere quo jure liberi teneantur.*
3 *Defensionem adversùs vim illatam esse juris naturæ, & quatenus ea permissa remissive.*

1 ANimalia bruta tam certum esse juris expertia, quàm certum est esse ἄλογα, sive expertia rationis. Nam inter quos jus est, inter eos & ratio, & æquum, & bonum, & justitia, & lex, & societas sit necesse est. Arist. 5. *Eth.* 10. *In equis, in leonibus justitiam non dicimus*, inquit Cicero *lib.* 1. *de offic.* Plutarchus in Catone Majore ait, Νόμῳ καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν, & aliàs etiam beatiudo caderet in bruta. Bene igitur D. Grot. 1. *de jur. bell. & pac. c.* 1. *num.* 11. *Proprie juris capax non est nisi natura præceptis utens generalibus.* Neque quisquam Philosophorum, quod sciam, aut Jurisconsultorum jus aliquod in bruta cadere tradidit, præter unnm Ulpianum, ex cujus Institutionibus hæc descripsit Tribonianus, ut apparet ex *l.* 1. §. 3. *de just. & jur.* Quomodo ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus? Simplicissima eorum sententia est, qui per quamdam auxesin & figurate hæc à Jurisconsulto dici scribunt, propterea quòd quæ hujus juris esse dicuntur, ea etiam bruta faciant, idque cum similitudine quadam sensus ac desiderii humani. Unde Aristoteles *lib.* 9. *de hist. animal. c.* 7. tales brutorum actus appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, vitæ humanæ imitamenta. Cicero 2. *de finibus*, *virtutum simulacra.* Nam ut in brutis apparent simulacra quædam rationis, ita etiam juris; ut idem Cicero testatur, & pluribus ostendit Plutarchus in libello, πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα. Platonis quoque doctrina est, naturam rem unamquamque perfectissimam facere voluisse: ac proinde in plantis sensus, in brutis rationis, in hominibus divinæ mentis vestigia expressisse. Neque aliud sensisse videri debet Plutarchus in libello cui titulus est, τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, quod alioqui non careret contradictione. Eadem effectu est aliorum responsio, qui ajunt Jus naturale formaliter, id est, quoad rationem, non nisi in hominem cadere: materialiter autem, hoc est, quoad appetitum & instinctum naturæ, etiam in bruta: nempe, ut hoc explicant Covarr. *in c. peccatum, de reg. jur. in* 6. *par.* 2. *rel.* §. 1. *num.* 4. & Ant. Fab. *jurisp. Papin. tit.* 2. *pr.* 1. jus naturale dici, quod circa ea versatur, quæ bruta solo instinctu & impetu naturæ faciunt; homines verò etiam cum ratione. Nam cùm homo hæc facit, rationem in consilium adhibet, quam veluti ducem lucemque sequitur; cùm bestiæ in iisdem agendis sola vi naturæ, & cæco impetu sine judicio ac ratione ducantur. Ad quem etiam modum disputat doctissimus Salmas. *lib. de usur. cap.* 9. eoque pertinet quod scribit Seneca *lib.* 2. *de Ira, c.* 16. animalibus pro ratione impetum, hominibus pro impetu rationem esse. VINN. Solum Ulpianum jus naturæ homini cum reliquis animalibus commune fingere putat Vinnius. Sed perperam. Fuit ea communis fere veterum Philosophorum doctrina. Jus naturæ exigere dicebant, ut secundùm naturam vivamus. Natura est vel communis, vel homini propria. Ex illa jus naturale, ex hac jus Gentium derivabant. Præclare eam in rem ex mente Stoicorum disserit Cicero *de finib. l.* 4. *c.* 9. Eleganter quoque Euripides: *Communis hæc lex stirpis est mortalium, trahens & ipsos in sui assensum Deos, Ferasque, amare, quidquid est ex se satum.* τὰ δ' ἄλλα χωρὶς χρώμεθ' ἀλλήλων νόμοις. In rebus aliis jure non utimur. HEIN.

Maris & fœminæ conjunctio) Huc pertinet quod

quod in Lelio scribit Tullius: *Hoc apparet*, inquit, *in bestiis, volucribus, agrestibus, natantibus, cicuribus, feris, primum ut se ipsæ diligant; (id enim pariter cum omni animante nascitur,) deinde ut requirant atque appetant ad quas se applicent ejusdem generis animantes: idque faciant cum desiderio & cum quadam similitudine amoris humani.*

Procreatio, educatio) *Quemadmodum communis animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata sunt*, ait idem Tullius 1. *de offic. cap.* 3. Justinianus in *l. un. §. taceat. C. de rei ux. act. Ipse*, inquit, *naturalis stimulus*, id est, στοργὴ, *parentes ad liberorum suorum educationem hortatur.* Et alibi. *Filium vel filiam alere pati necesse est propter ipsam naturam l. ult. §. ipsum C. de bon. quæ lib.* Et verò, *Hæc inter se congruere non possent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret, ut* scribit Cic. 3. *de fi-*
2 *nib. cap.* 19. Referunt huc quidam & alituram parentum; sed malè. Debentur quidem & parentibus alimenta, quod etiam proditum est vulgari proverbio ἀντιπελαργεῖν; sed parentum alimonia non ex eo jure est, de quo hic agitur, quod natura cætera quoque animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimenta non præbet. Verùm ex alia naturæ lege, quæ humani generis propria est, & in proposita partitione jus gentium dicitur; nimirum ut causa gignens erga genitum afficiatur, ex communi naturæ instinctu est: ut genitum erga gignentem à naturali ratione, quæ pietatem & gratitudinem commendat, *fac. l. 2. de just. & jur. l. nam & 15. de inoff. test. l. 7. §. 1. unde liberi.* Ita cape locum Ciceronis in *orat. de resp. arusp. cap.* 27. ubi ait: Parentibus nos primùm naturam conciliare, quos non alere nefarium sit. Et Valerii, qui *lib.* 5. *c.* 4. scribit, primam naturæ legem esse, diligere parentes. Quod autem de ciconia narratur; id ut singulare negligendum est. De quæstione quatenus parentes liberos, aut hi vicissim illos alere teneantur: & porro an frater fratrem, quæ hinc aliena, consulantur Schneid. *hic num.* 10. & *seqq.* D. Tulden. Perez. *ad tit. C. de alend. liber.* Christin. *vol.* 3. *dec.* 141. adde D. Grot. 2. *de jur. Bell. & Pac. c.* 7. *num.* 4. & *seqq.*
3 Pet. Fab. 2. *Serm.* 1. Nullius autem rei studium altius insitum est, à natura omnibus animalibus, quàm studium tuendi sui adversus vim illatam. *Hoc enim omni generi animantium à natura ante omnia tributum esse* scribit M. Tullius 1. *de Offic. cap.* 4. *ut se, vitam, corpusque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura esse videantur.* Unde liquet, fragmentum auctoris *l.* 3. *de just. & jur.* temere à Triboniano subjectum esse *l.* 2. *eod.* confusaque exempla juris naturalis & gentium, contra quam propositum erat. Quamquam quidam in defensione duo extrema spectanda ajunt, tuitionem, & propulsationem injuriæ, quarum illam ad jus naturæ, hanc ad jus gentium referunt. Credo ego, Florentinum jus omne finibus humani generis circumscripsisse. Quatenus & quibus conditionibus vim personis vel rebus nostris illatam propulsare permissum sit; ex recepta DD. sententia tradit Schneid. *hic num.* 12. & *seqq.* Gail. 2. *obs.* 110. *num.* 13. & *seqq.* D. Tulden. *ad tit. C. ad leg. Corn. de sicar. num.* 5. Summa huc redit, ut ne vim propulsando ulcisci magis quam tueri nos studeamus: deinde ut ne excedamus moderationem inculpatæ tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligimur, cùm aliter periculum evitare non potuimus, *l. scientiam* 45. *§. pen. ad leg. Aq. l.* 1. *C. unde vi. & ibi* Don Add. D. Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. cap.* 1. ubi *num.* 3. rectè docet, jus defensionis per se ac primario nasci ex eo, quòd natura quemque sibi commendat, non ex injustitia aut peccato alterius, unde periculum est; & ideo si corpus vi impetatur cum præsente periculo vitæ non aliter evitabili, licitum esse inferentem periculum interficere, etiamsi ille peccato careat, puta insania aut insomniis agitetur, ut evenisse quibusdam legimus. Neque enim eo tolli jus se tuendi, cùm sufficiat; quòd ego non teneor id, quod ille intentat, pati, non magis quàm si bestia aliena periculum intentaret. Sed hæc & similia fortassis alibi latius. Illud repeto, quod superius 4
dixi: si quando brutis animantibus justitia tribuitur; id fieri impropriè ex quadam in ipsis umbra rationis atque vestigio; ac propterea plerosque disputationem juris naturalis finibus humani generis circumscribere. Vid. Pet. Fab. 2. *sem.* 1. Salmas. *de usurp. cap.* 2. Joan. Selden. *lib.* 1. *de jur. nat. & gent. juxta discipl. Hebræor. cap.* 4. & 5. ubi etiam Hebræos laudat, qui & ipsi non ex jure aliquo, (quod totum versari volunt circa licitum atque illicitum) sed è propensione atque inclinatione tantùm ajunt animantium cæterorum actus evenire. Sanè discrimen, quod Ulpianus facit inter jus, quod animantibus cæteris cum homine commune est, quod arctiori significatu appellat naturale, & illud quod hominum proprium est, quod sæpè jus gentium nuncupatur, vix ullum usum habet. Quoniam utrum actus ipse, de quo jus naturæ constituit, sit nobis communis cum aliis animantibus, ut prolis educatio: an nobis proprius, ut cultus

Dei;

Dei; ad juris ipsam naturam nihil refert, §. *pen. inf. eod.*

TEXTUS.

Distinctio juris gentium & civilis à definitione & etymologia.

1. *Jus autem civile à jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus sibi jus constituit; id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod verò naturalis ratio inter omnes homines constituit; id apud omnes gentes peræquè custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.*

NOTÆ.

1. *Quisque populus*) Ex *l. 9. de just. & jur.* populus scil. alieno imperio non subjectus, aliàs juris condendi potestatem non habet, nisi quatenus ille cui paret, concessit, *l. 9. ἀξίωσις. D. de leg. Rhod.*

Vocaturque jus civile) Nempe in specie, quod a se civitas constituit: qualia multa in duodecim tabulis. Nam jus civile sumptum pro universo jvre civitatis etiam jus naturale & gentium complectitur; quo sensu Aristotel. *5. Ethic. 7.* dividit jus πολιτικὸν in φυσικὸν & νομικόν.

Naturalis Ratio) Jus gentium non ex institutis populorum æstimandum est, sed ex eo quod justum esse ipsa naturalis dictat ratio, id est, insita animis hominum notitia honesti & turpis, justi & injusti. V. G. Incesta, adulteria, furta, natura turpia & illicita sunt; etiamsi gentes repertæ, in quibus hæc permissa aut non punita. Gell. 11. *noct. Attic.* 18. Alex. ab Alex. *Gen. dier.* 24. Plato 1. *de legib.* Cic. 1. *de legib. c. 16.*

Apud omnes populos) Aut certè moratiores. Nam quid naturale sit, spectandum in his, qui benè secundùm naturam se habent, non in depravatis, teste Arist. 1. *Polit.* 5. Videtur autem hic tantùm definiri species juris gentium excellentior, quæ vulgo jus gentium primævum.

COMMENTARIUS.

1 *Populum alterius imperio subjectum leges condere non posse: & quatenus statuta.*
2 *Divisio juris civilis in merum & mixtum explicata & illustrata exemplis.*
3 *Jus gentium quod hic definitur, & ipsum revera naturale esse.*
4 *Vulgaris distinctio juris gentium in primævum & secundarium defensa & explicata.*

QUod quisque populus) Suis scilicet legibus 1 & moribus vivens: nam si quæ civitas alterius imperio subjecta est; ea non plus juris habet in jure constituendo quàm ille, cujus imperio subjecta est, concessit, *l. ἀξίωσις 9. de leg. Rhod.* Hinc est, quòd municipia meliore hac in re conditione erant quàm coloniæ: quia municipiis concessum erat, ut suis legibus & moribus uti possent; coloniæ autem jura institutaque omnia populi Rom. non sui arbitrii habebant. Gel. *l. 16. c. 13.* Cæterum statutorum condendorum quemlibet Magistratum in suo territorio habere tradunt DD. *in l. omnes populi 9. hoc tit.* unde hic locus descriptus est. Quæ tamen statuta non aliter valeant, quàm si non derogent juri communi: & ut valeant, sciendum tamen est, non valere jure legis, sed salvum semper manere jus Superioris, ut pro auctoritate sua ea abrogare possit, *l. 3. §. Divus 5. de sepulc. viol.* Usu quoque servari tradit Schneid. *in §. constat. 3. inf. eod.* ut statutorum confirmatio à Superiori petatur; quod & juri consentaneum cum Hieronym. de Cævallos censet D. Christin. *volum. 2. decis. 55. num. 5.* quamvis id necessarium non esse plerique tradiderunt. Apud nos sanè Magistratus inferiores jus statuta condendi non habent, nisi quatenus id à Principe, aut qui vicem ejus gerit, impetrarunt: alioqui necessaria est Superioris approbatio, D. Merul. *lib. 1. tit. 4. cap. 5.* D. Grot. 1. *manud. cap. 2.* De statutis, prætet alios, videri possunt D. Nic. Burgund. *ad consuet. Fland. tract. 1.* Christin. *vol. 2. dec. 2. 3. 5. 54. 56. 57. & 59.*

Vocaturque jus civile) In specie nimirum. Nam jus civile sumptum pro eo jure, quo in universum civitas utitur, etiam jus naturale & gentium, quatenus receptum est, comprehendit: eoque sensu obligationes, quæ ex contractibus juris gentium descendunt, dicuntur civiles; licet à legislatore civili nihil habeant præter approbationem, §. 1. *inf. de oblig.* Hoc igitur jus dicitur civile à causa efficiente, quæ est voluntas alicujus civitatis, aut ejus, qui jus legis ferendæ in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. Ab Aristotele legitimum dicitur; vulgo positivum.

Po-

2 Potest verò hoc jus amplioris doctrinæ gratia sic distingui, ut aliud dicatur merum & simpliciter civile, quò pertinent leges omnes, quæ ideo tantùm justæ sunt & obligant, quia à civili potestate sancitæ; cujusmodi sunt jura adoptionum, usucapionum, donationum inter conjuges; senatusconsulta Macedonianum, Vellejanum, Trebellianum; leges Ælia Sentia, Junia Narbana, Fusia Caninia, Voconia, Furia, Falcidia, & in multis capitibus lex duodecim tabularum: aliud κατά τι, quod mixtum rectè dixeris, cùm scilicet juri communi lex civilis aliquid addit aut detrahit, aut quod illo jure indeterminatum est, determinat. Quo sensu, matrimonia, patria potestas, tutelæ, testamenta, successiones, actiones & id genus alia, juris civilis esse dicuntur; nempe quia certa & propria quadam forma à jure civili donata sunt, atque ita determinata, ut certus eorum usus sit, atque eorum cives tantùm, exclusis ab eorum communione extraneis & peregrinis. Atque de hoc jure civili mixto accipiendum est quod scribit Ulpianus *l. 6. de just. & jur. Cùm additur aliquid aut detrahitur juri communi, jus civile effici*: alioqui omnia ferè, quæ constituta sunt, juris merè civilis & positivi dicenda forent. Illud in universum verum est, juris civilis nomen non mereri, quod directè pugnat cum ratione juris naturæ, *d. l. 6. in pr.*

Naturalis ratio) Ait Imperator jus gentium esse, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* Unde sequitur, jus hoc non ex legibus aut institutis populorum æstimandum esse; sed ex eo quod justum esse dictat ipsa ratio naturalis, id est insita animis hominum notitia de honesto & turpi, justo & injusto.

3 Quam ob causam & ipsum quoque jus naturæ passim appellatur, & æquum & bonum, & naturalis æquitas, & natura. Id quod notandum est adversus eos, qui negant quicquam natura justum esse, sed tantùm lege & consuetudine: contra quos disputat Cic. 1. *de legib. cap.* 16. & Aristot. 5. *Eth.* 7. add. Platon. 1. *de legib.* Laert. *in Pyrrh. & Aristip.* Exempli gratia, dictat naturalis ratio, delicta, puta furta, adulteria, natura turpia esse & punienda, *l. probrum 42. de verb. sign. l. 1. §. 3. de furt.* Reperti tamen sunt, apud quos hæc flagitia permissa atque impunita fuerunt, vide Gell. *lib.* 11. *c.* 18. Arnob. *adv. gent. lib.* 8. Alex. ab Alex. *lib. 1. cap.* 24. Alber. Gentil. 5. *de nupt. c.* 7. Jure gentium incestum committit, teste Paulo in *l. ult. de rit. nupt.* qui ex gradu ascendentium aut descendentium uxorem ducit: quod etiam saniores omnes Philosophi agnoscunt: nihilominus, ut Ovidius lib. 10. Metam. v. 332.

Gentes tamen esse feruntur,
In quibus & nato genitrix & nata parenti
Jungitur.

Harum, inquam, gentium barbari mores & pravum judicium efficere non possunt, ut id quod natura justum aut injustum, turpe aut honestum est, tale esse desinat: quomodo & Socrates disputat apud Xenoph. *lib. 4. memorab.*

Omnes gentes) Aut certè moratiores. Nam naturale rectè dicitur, interprete Michaële Ephesio ad Nicomachiam, *quod apud plerosque non corruptos aut pravos, sed naturæ convenienter se habentes, obtinet.* Et Arist. 1. *polit.* 5. quid naturale sit; spectandum ait in his, *Quæ bene secundum naturam se habent, non in depravatis.* Bellè Salmas. *de usur. pag.* 243. & *seqq.* Videtur autem Imperator hic tantum definire voluisse speciem juris gentium excellentiorem, nempe jus gentium primævum, ut id DD. appellant. Neque enim hæc definitio æquè accommodari potest juri gentium secundario, quod in §. *seq. vers. nam usu.* ita describitur, ut respectu juris primævi quodammodo positivum dici possit: quanquam cùm etiam secundarium naturali ratione ἐξ ὑποθέσεως nitatur, neque id apertè constitutum, aut sanctione aliqua introductum sit, sed tacita tantùm, communi tamen consensione gentium receptum; naturale quodammodo est, & à positivo secerni potest. Atque hoc etiam puto sentire Aristotelem *d. l.* 1. *c.* 4. ubi ait, esse quoddam jus gentium καθ' ὁμολογίαν. Ut autem paucis explicem, qua ratione Doctorum illa juris gentium distinctio in primævum & secundarium nitatur, quod hic locus quodammodo flagitat; nata est ea distinctio ex duplici consideratione rationis, seu potiùs intellectus judicantis. Ut enim ratio, sicut Physici docent, vel simplex est & pura, quæ sine discursu judicat, & Græcis νοῦς sive νόησις dicitur: vel composita & comparata, quæ per discursum munus suum exequitur, ex collatione diversarum rerum aliquid colligens, Græcis διάνοια & λογισμός; ita & duplex est jus Gentium. Unum, quod à simplici illa ratione fluit, seu intellectu νοητικῷ; cujus juris sunt cultus Dei; reverentia parentum, neminem lædere; suum cuique tribuere; ab alieno manus abstinere, aliaque ejusdemodi principia practica, quibus ultro sine argumentatione aut demonstratione assentimur, & justa esse sine agitatione mentis intelligimus. Alterum, quod à composita, seu intellectu διανοητικῷ, quod discursum & ratiocinationem habet, atque ex causa demum ali- 4

qua aut hypothesi & comparatione alterius rei justum esse intelligitur; cujus generis sunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda conjungendasque inter se Respublicas & gentes à viris sapientibus excogitata in usum omnium gentium, aut plerarumque pervenerunt. Exempla habemus in §. *seq. vers. nam usu.* & elegans in *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Quod jus à simplici illo intellectu est, primævum DD. appellarunt: quod à composito, secundarium; primum immutabile; secundum mutabile.

TEXTUS.

Ab appellatione & effectibus.

2. *Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur; veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium; non erraverit. Sic enim & jus, quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quirinum, quo Quirites utuntur. Romani enim à Romulo, Quirites à Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cujus sit civitatis; nostrum jus significamus: sicuti quum Poetam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente & humanis necessitatibus, gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, & captivitates secutæ, & servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio & venditio, locatio & conductio, societas, depositum, mutuum, & alii innumerabiles.*

NOTÆ.

Usu exigente) Hujus igitur ex parte causa est usus & indigentia. Aristot. 1. *polit.* Unde Div. Chrysost. *orat.* 76. hoc jus appellat εὕρημα βίου, καὶ χρόνου, *Inventum usus & temporis.* Exemplo potest esse inventio nummi, cui causam præbuit difficultas permutationum, *l.* 1. *D. de cont. empt.*

Necessitatibus humanis) Hic locus confirmat receptam juris gentium distinctionem in primævum & secundarium. Illud enim, de quo §. 1. non est cogitatum aut inventum usu exigente, sed nobiscum natum: qualia sunt: Deum colere, parentes revereri, neminem lædere, &c.

Naturali Juri contrariæ) Ex hypothesi tamen & hæc naturalem rationem habent, puta si vim nobis illatam armis repellamus.

Omnes pene contractus) Τὸ *pene* additum est δι' εὐλάβειαν φιλοσόφου. Sunt enim quidam jure civili introducti, *l.* 5. *D. de just. & jur.* veluti stipulatio, obligatio litterarum, donatio propter nuptias.

COMMENTARIUS.

1 *Jus Romanum quasi gentium quoddam jus apud omnes coli.*
2 *Confirmatio distinctionis juris gentium in primævum & secundarium.*
3 *Etiam inter ea, quæ juris secundarii, distinctione opus videri.*
4 *Bella & belli effecta quo adspectu juri naturali contraria.*

Ex unaquaque civitate) Jus civile non retinet unum idemque nomen, sed à nomine ejus civitatis appellatur, quæ id constituit: ut in hoc quoque discrepet a jure gentium.

Solonis vel Draconis) Prior Draco leges Atheniensibus dedit, in quibus Aristot. 2. *Pol.* 10. scribit: nihil memorabile præter pœnarum acerbitatem fuisse. Pœna namque capitis fraudes prope omnes mulctabat. Unde Demadis illud laudatur; ὅτι δι' αἵματος, οὐ διὰ μέλανος τοὺς νόμους ὁ Δράκων ἔγραψε. *Draconis leges non atramento, sed sanguine scriptas fuisse.* Plutarch. *in Solone.* Solon deinde magna earum parte abrogata alias descripsit, quibus Athenienses felicissimè sunt usi: vid. Aul. Gell. *lib.* 11. c. 18. VINN. Ante Draconem Atheniensibus leges scripsit Triptolemus, de quibus Porphyr. 4. *de abstin. & animal. p.* 431. Postea circa Olympiad. 39. Draco, & Olymp. 46. anno 3. Solon leges tulerunt, de quibus Pandulph. Pratejus, Jo. Meursius, Des. Heraldus. HEIN.

A Quirino Quirites) Plerique tradunt, pace facta inter Sabinos & Romanos placuisse, ut Romani etiam Quirites à Curibus, Tatii Sabinorum Regis patria vocarentur Varr. 4. *de ling.* Dionys. Halicarn. *lib.* 2. Plutarch. *in Romul.* In aliis est; Romani enim à Quirino Quirites appellantur, Hotom. Cujac. Wesemb. Cur Romulus dictus sit Quirinus triplicem causam affert *Ovid.* 2. Fastor.

Nostrum jus) Κατ' ἐξοχὴν. De Romani juris 1
excellentia disserit M. Tullius in persona Crassi *lib.* 1. *de orat. c.* 43. *seq.* Hodie jus civile Romanorum quasi gentium quoddam jus commune apud totam fere Europam observatur, utique in quibus causis propriæ leges aut consuetudines deficiunt.

Sed

Sed & ad hujus juris normam dirigitur interpretatio quarumcumque constitutionum ac consuetudinum, quæ illi manifestè non repugnant: ac tametsi repugnent, tamen in ambigua facti specie ejusdem æquitatis mitigantur & ita coercentur, ut commune hoc jus quàm minimum lædant, de quo doctè & acutè D. Diod. Tulden. *in comm. hic cap.* 3. plenè D. And. Gail. 2. *obs.* 33.

2 *Usu exigente*) Hic locus confirmat receptam juris gentium distinctionem in primarium & secundarium; quamquam vitio non caret, quod Tribonianus non apertius distinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum est, sed nobis ingenitum, quemadmodum & notitiæ illæ simplices, unde illud promanat, mentibus nostris divinitus insitæ, & in cordibus nostris insculpæ sunt, etiam Apostolo teste *cap.* 2. *ad Roman.* Secundarium autem, (quod Grotio 1. *de Jur. bell. cap.* 2. *num.* 4. est voluntarium) ab hominibus inventum est, & mentis quadam agitatione, comparatis inter se aliis atque aliis rebus, excogitatum ad communem vitæ usum retinendamque gentium inter se societatem; ut hujus juris ex parte causa sit usus & indigentia, teste Aristot. 1. *polit.* Quamobrem rectè Div. Chrysostomus *oration.* 76. hoc jus ait esse εὕρημα βίυ, καὶ χρόνυ. *Inventum temporis & usus*; & hinc Dioni Prusæensi ἀναγκαῖα νόμιμα appellatur, multumque ad probationem hujus juris utimur auctoritate illustrium Historicorum. Hoc igitur jus non tam rationis luce exortum, quàm ratiocinationis ductu collectum est, & usu exigente accommodatum non tam naturæ integræ bonitati, quàm corruptæ necessitatibus: conjungitque Respub. & gentes inter se, quarum tacito quasi fœdere & conspiratione censetur. Vinn. Rectiùs omnia cohærent, si dicas, jus naturæ *esse jus Divinum per rectam rationem promulgatum.* Ab eo tunc non differt *Jus Gentium*, nisi adplicatione. Eadem enim rectæ rationis dictamina prout vel negotiis hominum, vel integrarum gentium adplicantur, modò jus naturæ, modò jus gentium adpellantur. Quemadmodum verò jus naturæ vel *absolutum* est; vel *hypotheticum*: ita & gentium negotiis adplicatum absolutum à Doctoribus *primarium*; hypotheticum *secundarium* dicitur. Hein.

Gentes humana) Non quòd legis sanciendæ causa gentes omnes in unum convenerint: sed quia illud jus propter communem utilitatem tacito consensu gentium approbatum & ab omnibus receptum est.

Bella orta sunt) Etiam inter ea, quæ sunt juris gentium secundarii, aliqua distinctio facienda videtur. Nam initio simul atque societates humanæ constitutæ sunt, simul necesse fuit dominia distinguere, jura commerciorum introducere: bella autem postea orta sunt, utpote quæ malitia hominum & habendi libido introduxit, & consequenter etiam bellorum jura. Scitè Portius §. *præc. num.* 3. *Bella*; inquit, *sunt ex jure gentium non dispositive sed occasionaliter, distinctis dominiis.* 3

Juri naturali contraria) Bella, & hinc secutæ captivitates & servitutes, si per se spectentur, à ratione naturali prorsus aliena sunt: neque enim, quod utilitas omnium gentium exigit, societatem humanam bella tuentur, sed oppugnant atque evertnnt. Ex hypothesi tamen & hæc rationem naturalem habent. Etenim si vim & injuriam nobis aut sociis nostris illatam vi & armis defendamus, aut etiam vindicemus, captos hostes etiam in servitu- 4
tem nostram redigamus, ut metu talis pœnæ improbi ab injuria in posterum abstineant, nemo opinor est, qui negabit hoc summa cum ratione fieri; de quo iterum & latiùs titul. seq.

Omnes pœnè contractus) Τὸ *pœnè* additum οἱ εὐλαβῶμαι φιλοσόφοι, & est temperamentum Jurisconsultis familiare, qui passim hujusmodi particulari adjectione sibi cavere solent, quando quid generaliter enuntiant, aut definiunt; propterea quòd in jure generalis definitio plerumque periculosa est, *l. omnis definitio.* 202. *de reg. jur.* quod & Justinianus hic facit, respiciens haud dubiè ad *l.* 5. *de just. & jur.* ubi Hermogenianus scribit, quosdam contractus à jure civili introductos esse: quinam autem isti sint, non definit. Vulgò quidem putant esse hos quatuor, stipulationem, obligationem litterarum, contractum emphyteuticum, & sponsalitiam largitatem: sed quàm rectè, suis locis videbimus. Illud interim hic affirmare ausim, nullam obligationem dici posse simpliciter & absolutè esse juris civilis; sed κατά τι dumtaxat, quatenus nimirum nonnisi sub certo modo & forma ex consensu obligatio jure civili producitur.

Emptio & venditio, &c.) Hæc certà auctoritate juris Auctorum probantur. Quamvis in quæstionibus, ubi rei veritas exquiritur (qualis hæc est; An aliquid sit juris gentium, nec ne) non tam Auctores, quàm rationum momenta in disputando quærenda sunt; ut scribit Cicero 1. *de natur. Deor. c.* 5. & posita hæc sunt extra potestatem legislatoris.

TEXTUS.

Divisio Juris in scriptum, & non scriptum, & subdivisio Juris scripti.

3. *Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut scripto, aut sine scripto: ut apud Græcos* τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. *Scriptum autem jus est lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum.*

NOTÆ.

3. *Quo utimur*) Abest à *l. 6. §. 1. D. de just. & jur.* unde hæc sumpta, nec Cujac. Hotom. Wesemb. agnoscunt.

Scripto aut sine scripto) Distributio juris civilis à forma & modo constituendi ex *d. l. 6. §. 1.* alterum enim expressè sancitur & scripto promulgatur, alterum tacito consensu utentium introducitur, *l. 32. pr. D. de leg.*

Apud Græcos) Plat. *lib. 7. de legib.* & apud Laert. Arist. 1. *Rethor.* qui & 3. *Eth.* meminit legum κατὰ τα γραμματα, & κατὰ τα ἔθη.

Scriptum) Subdivisio juris in sex species. Papinianus *l. 7. D. de just. & jur.* quinque tantùm enumerat: sed ille arctiùs jus civile accipit, eique prætorium ut speciem diversam opponit. Mox tamen Marcianus jus honorarium vivam appellat vocem juris civilis, *l. 8. Dig. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Scripturam non pertinere ad legis essentiam.*
2 *A quo tempore lex obligare incipit.*

Jus scriptum in divisione proposita non opponitur omni juri non scripto: nam & jus naturale ac gentium est ἄγραφον τι; sed tantùm ei juri, quod moribus & longa consuetudine introductum est: eodem enim sensu jus dividitur in legem & consuetudinem, legis voce latiùs accepta pro quavis parte juris scripti. Desumptus hic locus est ex *l. 6. §. 1. & l. seq. de just. & jur.*

1 *Scripto aut sine scripto*) Distributio juris civilis ex accidenti & causa instrumentali. Nam formalis differentia legis sive ejus juris, quod opponitur juri non scripto aut consuetudini, non est scriptura, sed expressa voluntas & sanctio civilis potestatis: sicut è contrario consuetudo aut jus non scriptum formam & essentiam suam habet à tacita voluntate & consensu utentis populi, *§. fine scripto 9. inf. eod. l. de quibus. 32. de legib.* Hujus rei evidentissimum argumentum est, quòd nec consuetudo in scripturam redacta lex sit, nec lex non scripta consuetudo. Lacedæmonii scriptis legibus usi non sunt, legibus tamen usi sunt, atque una τῶν καλυμένων ῥητρῶν hæc erat, μη χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις, *scriptis legibus non uti.* Plutarch. *in Lycurg. p. 47.* Atque ut è Romana Republica exemplum petamus, numquid lex erat, cùm rogante Magistratu, *Velitis, Jubeatis Quirites, &c.* populus in tabellis respondisset, *Uti rogas*? Quod autem rei jam in esse suo constitutæ ex accidenti supervenit, id de illius rei essentia non est. At enim, inquies, sine quo lex non obligat, id utique est ei essentiale: sine scriptura autem non obligat, cùm sine ea in notitiam populi pervenire non possit, *arg. l. leges sacratissimæ 9. C. de legib.* Ut de propositione nihil in præsentia dicam, falsam esse assumptionem evincit, tum exemplum prolatum, tum leges, quas diximus Lacedæmoniorum. Ratio quoque assumptionis falsa est. Quid enim? An non voce præconis quoque lex promulgari potest? & proinde certum est in *l. humanum 8. Cod. de legib.* faciliorem tantùm promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus scriptum? Quia nimirum postquam lata esset, scribi solebat, & scripto promulgari, aut in tabulis incisa publicè proponi, quo & cognosceretur faciliùs, & minore negotio probaretur. Moris quoque erat apud Romanos, ut qui legem ferre vellet, eam trinundino promulgaret, id est, de sua lege ad populum diceret, eamque scriptam publicè propositam haberet, quo potestas fieret populo cognoscendi otiosè, & ut inde liceret librariis describere, si qui vellent Legem apud se habere, ut liquet ex 2. Agraria. Planè si non alio modo promulgandi civitas utatur, quàm per scripturam; potest dici, scripturam ad vim legis necessariam esse: neque enim ante lex vix vi sua constat, civesque ad observationem vel pœnam obligat, quàm populo innotescere potuerit; quod sine promulgatione, sive publicatione aliqua fieri non potest, *l. 7. cum 2. seqq. C. de legib.* Perez *ad Cod. de legib. num. 18.* An igitur lex 2
statim ut publicata est, obligat? Maximè: eoque jure utimur, extra quam si certum tempus nominatim lege comprehensum sit, ex quo vim capiat, ut fit interdum, *Nov. 57. in fin. Nov. 116. c. 1.* Extat sanè constitutio quædam ἐκ τῶν νεαρῶν, quæ indulget spatium duorum mensium à die publicationis observandum in omnibus novis legibus, *Nov. 66. c. 1.*

Ve-

Verùm ea constitutio rectè sic à plerisque accepta est, ut prosit hoc spatium ad allegationem ignorantiæ, atque hæc interim præsumatur, non quia lex promulgata citiùs obstringat eum, in cujus notitiam ante pervenit. Quòd si quis post lapsum ipsius temporis ignorantiam alleget; esse quidem adhuc audiendum, sed hac conditione, ut causam ignorantiæ, quam allegat, probet, per *l. ult. de decr. ob ord. fac.* Gudelin. 5. *de Jur. nov. c.* 2. add. Christ. *vol.* 2. *dec.* 52. *n.* 2. *& seqq.* Vinn.

Scriptum jus re vera idem est, ac promulgatum: *non scriptum* ac non promulgatum. Loquutio à Græcis desumpta, quibus γράφειν νόμους non est leges *scribere*, sed *publicare*. Hinc & Lycurgum γράψαι νόμους ait Liban. *p.* 476. *Tom.* 1. quum tamen Lycurgi leges scriptura vulgatas non esse, satis constet. Plutarch. in Lycurg. *p.* 47. Hinc & jus civile à prudentibus invectum sine scripto venire & consistere dicitur, *l.* 5. §. 5. *&* 12. *ff. de O. I.* non, quòd litteris consignatum non fuerit, sed quòd non solemniter publicatum. Eodem modo Plato, apud Laert. *lib.* 3. νόμων, dividit in γεγραμμένον καὶ ἄγραφον, & hunc esse ait τὸν κατὰ ἔθη γενόμενον, *qui in more vel consuetudine positus est.* Hein.

Scriptum autem jus) Subdivisio juris scripti, qui quidem ad juris præsentis auctoritatem non multùm pertinet: omnia enim, quæ in libris nostris continentur, auctoritate Justiniani nituntur, *l.* 1. *&* 2. *C. de vet. Jur. enucl.* Sed quoniam hæc confirmavit Justinianus, quia in veteri jure erant: ideo & hic & in π extare voluit testimonia ex jure propriorum temporum, ut juris constituti historia intelligeretur.

Textus.

De lege & plebiscito.

4. *Lex est, quod populus Romanus senatorio Magistratu interrogante (veluti Consule) constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebejo Magistratu (veluti Tribuno) constituebat. Plebs autem à populo eo differt, quo species à genere. Nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam Patriciis & Senatoribus. Plebis autem appellatione sine Patriciis & Senatoribus: cæteri cives significantur. Sed & plebiscita lege Hortensia lata non minus valere quàm leges cœperunt.*

Notæ.

4. *Lex est*) Legis nomen hic strictissimè accipitur, aliàs jus omne scriptum significat, opponiturque consuetudini, ut passim in libris nostris, & apud Cic. 1. *de legib. c.* 6. Sæpe etiam non minus latè extenditur, quàm vocabulum juris; ut & νόμος apud Græcos.

Interrogante) Mallem *rogante*, ut quidam. Rogabat Magistratus populum his verbis, *Velitis, Jubeatis Quirites, &c.* Populus respondebat in tabella vel A. id est, *Antiquo*, vel V. R. id est, *Uti rogas.*

Veluti Consule) Item Dictatore & Prætore, non etiam Censore. Addit Hotomannus & Interrege; sed perperam. Nam interregibus comitia habere ferendis legibus non licuit; ut patet ex 3. in *Rullum.* vid. Nic. Gruch. 1. *de comit. Rom.* 3.

Plebiscitum) Ἀπὸ τοῦ sciscere, ἢ ψηφίζεσθαι, quod est decernere & constituere, non ἀπὸ τοῦ scire. Fabrot.

Veluti Tribuno) Alium Magistratum plebejum rogationem ad plebem tulisse nemo prodidit.

Quo species à genere) Rectius dixisset, *quo pars à toto.* Populus enim est σύνολόν τι, quod ex partibus suis plebe & Patriciis constat. Interdum tamen populum pro plebe dixerunt. Gloss. gr. lat. δῆμος, populus, vulgus.

Lege Hortensia) Primùm lege Horatia secessione in Aventinum: deinde lege Hortensia, secessione in Janiculum. Cujacius ex Liv. & Plin. add. Gell. 15. cap. 27. Vinn. Immo tres ordine leges eam in rem latæ sunt. *Horatia* Anno U.C. 406. Lev. III. 55. Publilia A.U.C. 416. Liv. VIII. 12. Et denique *Hortensia* A.U.C. 466. Epit. Liv. lib. 11. Gell. XV. 27. Hein.

Commentarius.

1 *Legis variæ significationes.*
2 *Non omnibus Magistratibus senatoriis legibus ferendis comitia habendi jus fuisse.*
3 *Patricios genere semper, non ordine à plebeiis distinctos.*

Sequitur singularum juris scripti partium explicatio: cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus, cujus ignoratio crassos errores peperit.

Lex est) Legem à *legendo* dictam, scribit Ci- 1
cero *lib.* 1. *de legib. c.* 6. Quoniam in lege inest vis delectus: jubet enim quæ honesta sunt, prohibetque contraria. Unde vocabulum legis non minus latè patet quàm juris: tam enim dicimus, lege naturæ quid concessum aut vetitum esse, quàm jure, ut apud Ciceronem passim: frequentissimè autem legem appellamus, quæ scripto sancit, quod vult; eaque po-

popularis est hujus vocis significatio, teste eodem Cicerone *d. lib.* 1. *de legib. c.* 6. Neque tamen omnis scripta sanctio arcto significatu lex est, sed ea tantùm, qua universus populus obstringitur: nec alia de causa plebiscita initio leges dictæ non sunt, quàm quòd partem tantùm civium obligabant. At post legem Hortensiam plebiscita non minus propriè leges appellata, quàm quæ populus centuriatim jussisset.

2 *Senatorio Magistratu*) Lex ferebatur comitiis centuriatis à Magistratibus, penes quos erant majora Reipublicæ auspicia, puta à Consule, Dictatore, vel Prætore; non autem ab omnibus Magistratibus senatoriis aut curulibus: non à Censore, Interrege, aut Ædilibus curulibus. Interreges quidem Magistratibus creandis centuriata comitia habere poterant: sed legibus ferendis habere iis non licuit, ut apparet ex 3. *in Rullum*, nimirum quia in interregno nihil prius cum populo agi licebat, quàm subrogati essent ordinarii Magistratus. Sed neque Censores centuriatis comitiis legem tulisse usquam legimus: cùmque leges censorias apud Auctores reperimus, pro Censorum subscriptionibus, ut Cicero *pro Cluentio* appellat, aut locationibus censoribus factis, ut 7. *in Verrem*, accipi debent. Populi tamen vocandi jus habuisse, ex iis, quæ de lustri condendi ratione Livius commemorat, ostendi potest. Postremò nec Ædiles curules ulla comitia habuisse usquam invenias, qui nec aliàs jus agendi cum populo habuerunt, præterquam in mulctæ certatione; de quo vide Nic. Gruch. *lib.* 1. *de comitiis Rom. c.* 3. *&* *lib.* 2. *c.* 3. VINN. Præter Consules, Dictatores & Prætores leges etiam tulerunt Magistratus majores extraordinarii reliqui, velùti *Tribuni militum consulari potestate, & decemviri.* De Censoribus subsisto, ob legem Cæciliam de fullonibus, à censore quippe latam, si credendum Plin. *Hist. N. XXXV.* 17. HEIN.

Interrogante) Rogabat Magistratus his verbis; *Velitis, Jubeatis Quirites, &c.* Populus, respondebat in tabella vel per litteram A, id est, *Antiquo*; vel per *V. R.* id est, *Uti rogas*, quod ex antiquorum plerisque locis intelligitur, *vide Agell. lib.* 10. *c.* 20.

Veluti Tribuno) Tribuni & Ædiles plebeii proprii plebis Magistratus erant: sed Ædiles rogationes ad plebem tulisse nemo prodidit. Plebiscita comitiis tributis; leges centuriatis aut curiatis ferebantur; qua de re antiquitatis studiosi consulant Car. Sigonium, & Nic. Gruchium, qui ex professo de comitiis Romanorum, & quæ res, quibus comitiis tractari solitæ, scripserunt; quædam & nos notavimus sub §. 1. *inf. de testam. ord.* VINN. Sæpe tamen & leges tributim latas esse exempla docent quam plurima. Nam & majores magistratus senatorii tribus in suffragia mittebant. Exemplum est in lege Quintia apud Frontin. *de aquæduct.* & Reines. *Inscript. class.* 7. §. 10. HEIN.

Quo species à genere) Rectius dixisset, quo pars à toto. Et quidem & genus quoddam totum, sed universale, & species pars generi subjecta: sed tale totum non est populus, sed *σύνολόν τι*, quod ex partibus suis, plebe & Patriciis constituitur.

Sine Patriciis & Senatoribus) Hæc ad rationem priorum temporum proponi videntur, 3 quibus honores & dignitates omnes soli Patricii sibi vindicabant. Nam ex quo etiam plebi aditus ad Magistratus populi & in Senatum esse cœpit, Senatores plebeiis opponi desierunt. Sanè Patricii gente sive genere à plebeiis semper distincti fuerunt. Dico genere: nam quod ad ordinum pro censu cujusque distinctionem attinet, certum est, multos è Patriciis familiis, puta qui equestrem aut senatorium censum non habebant, in ordine plebeio, & contra plurimos ex plebeiis gentibus in ordine equestri aut senatorio fuisse. Quin olim etiam antequam ex censu maximo Senatores esse cœperunt, quod postremis temporibus factum esse scribit Plinius in *proœm. lib.* 14. ipsi senatores, qui minimi census erant, inter pedites numerabantur, & suffragium si ferre vellent, in quinta classe suffragium dicere debebant, vide Gruch. *lib.* 1. *de comit. Rom. cap.* 4.

Lege Hortensia) Tribunitiis rogationibus initio pars tantùm civium, non omnes adstringebantur. Primi L. Valerius & M. Horatius Consules, cùm velut in controverso jure esset, tenerentne patres plebiscitis, legem centuriatis comitiis tulerunt, ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret. Id factum anno ab urbe condita 304. secessione secunda in Aventinum, Liv. *lib.* 3. Idem postea confirmatum lege Hortensia lata à Q. Hortensio Dictatore secessione tertia in Janiculum, anno ab U. C. 367. Et iterùm à Dictatore Q. Publio anno ab U.C. 413. vid. Liv. *lib.* 8. *Flor. in epit.* 11. Gell. *lib.* 15. *c.* 27. VINN. Ordo temporum hic planè perturbatus. Diximus supra ad Notas h. §. HEIN.

Non minùs valere quàm leges) *Ita factum est*, ait Pomponius *l.* 2. §. *deinde* 8. *de orig. jur. ut inter legem & plebiscitum species interesset constituendi: potestas autem eadem esset.* In summa ut plebiscita etiam leges reverà & essent & appellarentur.

TEX-

TEXTUS.

De Senatusconsulto.

5. *Senatusconsultum est, quod Senatus jubet atque constituit. Nam cùm auctus esset populus Romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendæ causa; equum visum est, Senatum vice populi consuli.*

NOTÆ.

5. *Auctus esset populus*) Ita & in *l. 2. §. deinde 9. D. de orig. jur.* An autem hæc causa fuerit, an potius ambitio & astutia Cæsarum, melius ex Tacit. *1. annal. c. 15.* & Sueton. *in Tiber. cap.* 30. disces. Quibus modis Senatusconsultum fieret, vide Varronem apud Gellium *lib. 14. c. 7.* In notis S.C.D. *Senatusconsultum decrevit.* Grot.

COMMENTARIUS.

1 *Quando & unde Senatus Juris condendi auctoritatem acceperit.*

Constat, jus legis ferendæ stante adhuc Republ. solius populi, non Senatus fuisse: cui quidem, ut consilio publico, permissum erat de iis rebus, quæ ad constituendam Rempub. pertinebant, cognoscere atque decernere; sed ita, ut quæ majoris momenti viderentur, non aliter rata essent, quàm si ea aut populus aut plebs confirmasset. Polyb. *lib. 6. c. 12.* Dion. Halic. *lib. 4. & 7.* nec ullo senatusconsulto aut novum introductum aut vetus sublatum legimus: ac ne Julio quidem & Augusto imperantibus ulla hujusmodi senatusconsultorum mentio, sed legum tantùm aut plebiscitorum. Ac proinde verissimum est, quod Bodinus *lib. 1. de repub. c. 10.* scribit, Senatui Romano ab exactis urbe Regibus usque ad Tiberii Cæsaris dominatum leges jubere non licuisse, sed decreta tantùm annua; quæ tamen nec populum, nec plebem tenerent: & manifestè fallitur D. Connan, *l. 2. c. de senat.* Senatui Romano tribuens perpetuam legis condendæ potestatem. Nam Dionys. Halic. *d lib. 4.* expressè scribit, senatusconsulta nullam vim legis habuisse, nisi plebs ea probaret: & quæ populus probaverat, annua tantùm fuisse, nisi rogatione ad populum vel ad plebem vim legis adipiscerentur. Quid igitur est, quod Jurisconsultus scribit *in l. non ambigitur 9. de leg. Non ambigi Senatum jus facere posse*? Non potuit integra adhuc Repub. sed tum demum posse cœpit, cùm comitia è campo ad Patres translata sunt; quod à Tiberio primum factum esse testatur Tacit. *l. 1. annal. c. 10.* Quippe Cæsar Dictator, auctore Suetonio, in *Jul. c. 41.* jus comitiorum non in totum populo ademerat, sed cum eo partitus erat. Atque idem jus bellis civilibus diu intermissum reduxerat Augustus; sic enim accipio quod idem Suetonius *c. 40. in Aug. scribit; Augustum jus pristinum comitiorum reduxisse*; eumque Suetonii sensum ex Dione adstruit Just. Lipsius, ego etiam ex verbis Taciti, quæ mox subjicit: *Nam ad eam diem*, inquit, *etsi potissima arbitrio Principis, quædam tamen studiis tribuum fiebant.* Ex eo igitur tempore legibus & plebiscitis quiescentibus senatus jus facere cœpit: quamquam non tam propria auctoritate, quàm conniventia quadam & indulgentia Principum; quod vel unus Tacitus nos docere potest, & arguunt orationes Principum in Senatu haberi solitæ, in quas Senatusconsulta fiebant. Tandem translato in Orientem imperio, mutataque penitus reipub. forma, hæc potestas Senatus exolevit, atque à Leone Philosopho etiam nominatim Senatui adempta est. *Nov. Leon. 78.*

Nam cùm auctus) Αἰτιολογία; at τὸ ἀναίτιον ὡς αἴτιον. Nam ex Livio *lib. 1. cap. 17.* Dionys. Halicarn. *lib. 2. & 6. p. 392.* discimus, senatusconsultorum primordia vetustissima esse: legemque jam inde ab urbe condita fuisse, quæ omnia in Senatus potestate ponebat, præter Magistratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendique arbitrium. Sed fortassim hoc dicere Justinianus voluit: quod & Pompon. in *l. 2. §. diende 9. de orig. jur.* aucto populo in eum modum ut difficulter jam omnes convenire possent, necessitatem eò rem deduxisse, ut æquum visum fuerit etiam de iis rebus Senatum consuli, de quibus antea ad populum ferri solebat. Sed & hoc ipsum falsum esse, ex iis, quæ paulo ante diximus, manifestè liquet, potestatemque populi ad Senatum translatam astutia Cæsarum, qui, ut Tranquillus in *Tiberio* scribit *c. 29. & seqq. Senatus potentiam augendo, sua serviebant.*

TEXTUS.

De Constitutione.

6. *Sed & quod Principi placuit, legis babet vigorem: quum lege regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei & in eum omne imperium suum & potestatem concedat. Quodcumque ergo*

Im-

Imperator per Epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto praecepit, legem esse constat. Hae sunt, quae constitutiones appellantur. Planè ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliae autem cùm generales sint, omnes proculdubio tenent.

NOTAE.

6. *Lege Regia*) Ex *l. 1. D. De constit. princ.* Lex Imperii dicitur *l. 3. C. de test.* De lege regia cognosce ex indice *leg. Rom.* Hotomanni.

Per Epistolam) Epistola est rescriptum Principis, quo de jure consulentibus respondet. passim *in Cod.*

Decrevit) Decretum Principis dicitur, cùm ipse de causa cognoscit, & partibus auditis pronuntiat; ut in *l. 3. D. De his quae in test. del.* ἀπεφάσεις βασιλικὰ in Gloss. Basilic.

Edicto praecepit) Edictum est, cum Princeps motu proprio, ἐξ οἰκείας φύσεως κινηθεὶς, aliquid constituit ad honestatem & utilitatem subditorum. Theophil. *&* *l. 3. C. de legib.* & ferè ad praefectos praetorios hujusmodi constitutiones diriguntur: ut in *l. 6. C. de secund. nupt.* & similib. VINN. Immo & ad Praesides dirigebantur edicta, ut *L. un. C. Theodos. de Strator lib. 6. tit. 31.* quin & ad provinciales, veluti *l. 17. C. Th. de tiron. l. 7. tit. 13.* HEIN.

Personales) Hae sunt, quae privilegia Latinis dicuntur, eo quòd veteres *priva* dixerunt, quae nos *singula* dicimus. Gell. 10. *c.* 20. Fest. in voce *privus*, & ibi Jos. Scal. *in annot.* aliàs jus singulare; *l. 16. D. de legib.* Hujusmodi sunt privilegia militum, doctorum, studiosorum, &c.

Poenam irrogavit) Nempe graviorem ordinaria propter exemplum. Obiter hic nota, privilegia non solùm pro aliquo, sed etiam in aliquem ferri posse, ut in Milonem à Pompejo, à Clodio in Ciceronem lata sunt.

Personam non transgreditur) Non producitur hoc jus ad consequentias, *l. 24. D. de legib.* Non transit ad successores, *l. 68. l. 196. de reg. Jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Lege regia jus omne populi privativè in Principem translatum.*
2 *Genera constitutionum exposita.*
3 *Quid & quotuplices sint, tum in quam vim habeant constitutiones personales & privilegia, & num. 5.*
4 *Privilegiorum rariorem usum esse in statu democratico, quàm in monarchico.*
5 *De rescriptis contra jus elicitis & de precibus sub & obreptitiis, nec non de moratoria praescriptione.*

LEge Regia) Haec eadem habet Ulp. *l. 1. de const. princ.* Latam autem fuisse legem, idque sub Augusto, eamque secutum in eamdem sententiam senatusconsultum, qui lege populi omnis potestas Principibus concessa, ipsique legibus soluti sunt, probatur testimonio Dionis, qui lib. 53. de Principibus loquens, λέλυται, inquit, τοῖς νόμοις ὡς αὐτὰ τὰ λατεῖνα ῥήματα λέγει, *ut ipsa verba latina sonant.* Quod non nisi de verbis alicujus legis accipi potest. Eadem est, quae lex imperii dicitur; *l. ex imperfecto*, 3. *C. de testam.*

Ei, & in eum) Haec verba *in eum* Theophil. Hotom. Wesemb. interpretantur in se, quod nimis argutum. Probabile est, populum his verbis in formula legis usum ad ostendendam enixam suam voluntatem omne imperium suum πανταλῶς transferendi. Fabrot. VINN. Alia exempla *ubi omnia & in omnibus* simili pleonasmo junguntur, & collegit Ger. Noodt, *Obs.* 1. 3. qui rectè docet, *ei & in eum* unum valere, probante hanc observationem V. C. Car. Andr. Dukero *de Latin. ICt. Vet. p.* 334. HEIN.

Omne imperium & potestatem) Ergò populus 1 non retinuit veterem potestatem, eamque cum Principe communicavit dumtaxat, sicuti illi sentiunt, qui populum non privativè, sed cumulativè potestatem suam in Principem contulisse contendunt: qui error in notissima Politices principia impingit, & manifestior est quàm ut refutari debeat. Non equidem nego jura majestatis ita dividi posse, ut non omnia in unum, quem Principem constituit populus, transferantur; sed quaedam apud Optimates aut populum remaneant, atque ita temperatum ac mixtum fiat imperium: sed eadem jura majestatis & transferri & retineri nullo modo possunt. Nihil ad rem facit, quòd Principes ab invisis populo nominibus Regis aut Domini abstinuerint, cùm alio sub nomine regiam potestatem exercerent, auctore Dione *d. lib.* 53. quod non satis examinavit D. Gudelinus *lib. 5. de jur. noviss. c. 2.* multo autem minus jus illud imaginarium populi in suffragiis ferendis, aut illa in jure condendo precaria Senatus auctoritas. Manebant enim tunc temporis adhuc, ut inquit Tacitus *Vestigia morientis libertatis.* Et verissimè de populo Romano Juvenalis *Satyr.* 10.

Qui dabat olim
Imperium, fasces, legiones, omnia, nunc se
Continet, atque duas tantùm res anxius optat,
Panem & Circenses.

2 *Quodcunque ergo Imperator*) Constitutiones Principum non sunt unius generis. Distinctio à causa finali, hoc est, à scopo & intentione Principis sumenda. Etenim vel hoc apertè & directè Princeps agit, ut legem condat, & jus præscribat, quod fit non tantùm, cùm generaliter & motu proprio quid constituit ad usum subditorum, quæ species constitutionis edictum dicitur, & lex edictalis; *l. 6. C. de sec. nupt. cum simil.* sed etiam cùm respondet Magistratibus de jure dubio consulentibus. Quamquam Theophilus hoc genus constitutionis epistolæ speciem facit: vel non agit id principaliter, ut jus aliquod in commune constituat, sed ut specie litem aliquam inter partes componat; & tamen propter excellentiam & dignitatem personæ constituentis id quod constituit, legis vigorem habet; *l. 1. §. 1. de const. Princ. l. ult. C. de legib.* cùm à judicibus res judicatæ aliis non noceant; *tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* ac ne sententiæ quidem latæ in consistorio Principis, aut ab ipso quidem Principe, sed ad relationem & consultationem judicum; *l. 2. l. 3. C. de legib.* Vid. tamen Christin. *vol. 2. decis. 63. num. 3. & seqq. & vol. 3. decis. 111. n. 8. & 9.* Posterioris hujus generis duæ sunt species, epistola & decretum. Epistola propriè dicitur, cùm privatis de jure suo consulentibus Princeps rescribit. Decretum ἀπόφασις βασιλική cùm ipse de causa cognoscit, & partibus auditis sententiam pronuntiat: quem veterum Principum morem fuisse testantur historiæ AA. scriptores. Elegans exemplum habemus *in l. 3. de his quæ in test. del.* Vinn. Alia exempla exstant in *l. 13. ff. quod met. caus. l. 41. ff. de inst. hær.* Conf. Jac. Gothofr. *ad l. ult. C. Th. de offic. jud. omn.* ubi plenissimè de modo, quem principes in decernendo observabant. Hein.

3 *Quædam sunt personales*) Cùm dixisset, non ea tantùm, quæ Princeps edicto præcepit, sed etiam quæ per epistolam constituit, cognoscens decrevit, vim etiam in aliis causis & personis habere: id nunc ex Ulpiano in *d. l. 1. §. 2. de consi. Princ.* sic temperat, nisi aliam esse voluntatem & sententiam Principis appareat: esse enim constitutiones quasdam personales, quibus jus singulare in certæ alicujus personæ gratiam constituitur. Hæ sunt, quæ *privilegia* Latinis dicuntur, eo quòd Veteres *priva dixerunt, quæ nos singula dicimus* auctore A. Gellio *lib. 10. c. 20.* & Festo in voce *privus*, ubi Jos. Scal. *in annot. Offendit me*, inquit, *quod apud Ciceronem pro hac voce privatum substituerint*, ut in ea pro dom. *c. 17. Vetant leges sacratæ, vetant 12. Tabulæ leges privis hominibus irrogari.* At hodie legunt *privatis c. 19.* Idem 3. de leg. *Tantum majores in posterum providisse, in privatos homines leges ferri noluerunt. Cùm Cicero scripserit, in privos homines. Subjicit enim: Id enim est privilegium. Postea interpretatur, ferri de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt.* Ait autem Justinianus, hujusmodi constitutiones personales sive privilegia aut jura singularia in exemplum non trahi, nec personam egredi: quoniam non ea mens fit Principis, qui solius puta Titii aut Semproni causa aliquid constituit, ut id, quod ita constituit, in universum pro jure observetur, aut ad alios transferatur. Apparet verò ex ipsis verbis non agi hoc loco de privilegiis causæ aut rei, sed personæ, quibus sola personæ conditio locum facit: qualia sunt privilegia militum, doctorum, studiosorum, &c. Item immunitas certæ personæ tributa, *l. 1. de jur. immun.* Jus tacitæ hypothecæ, quod in exigenda dote mulieri indultum est in bonis mariti, & nominatim à Justiniano cum hoc privilegio, ut aliis creditoribus hypothecariis etiam tempore prioribus præferatur; *l. assiduis 12. C. qui pot. in pig.* Tale item beneficium est, quod parenti, patrono, marito, donatori, &c. concessum, ut in id tantùm, quod facere possunt, condemnentur; *l. sunt qui, 16. & seqq. de re jud. l. 11. & seqq. sol. matr.* Hæc & similia personarum privilegia, deficiente persona, cui data sunt, statim simul deficiunt, aut extinguuntur, neque ad successores transeunt; *dd. ll. l. in omnibus 68. l. privilegia 196. de reg. jur.* nisi id quoque nominatim privilegio cautum sit; *l. 4. de jur. immun.* At quæ privilegia magis causæ quàm personæ præstantur, ea hæredibus quoque & cæteris successoribus tribuuntur; *d. l. in omnibus 68. & d. l. privilegia 196. de reg. jur.* Cujus generis beneficia sunt immunitates generaliter locis aut civitatibus aut familiis datæ; *l. 4. §. 3. de censib.* induciæ temporis quæ judicatis indulgentur; *l. tempus 29. de re jud.* jus ante omne creditum deducendi impensas funeris; *l. pen. junct. l. filiusfam. 31. §. ult. de rel. & sumpt. fun. &c.* de quo adi D. Pet. Fab. *ad d. l. in omnibus 68. & d. l. privilegia 196. de reg. jur.* Christin. *vol. 5. dec. 47. n. 30. seqq.* Usus privilegiorum, ut hoc obiter addam, frequentior est, ubi singuli regunt, quàm ubi uni- 4
ver-

versi, propterea quòd in statu populari major esse debet æqualitatis observatio. Quam ob causam etiam lege 12. tab. cautum fuit, *Ne privilegia irrogarentur*, teste *Cic. pro dom. sua*, quod Decem viros à Græcis accepisse ex oratione *Demosthenis contra Aristocratem* liquere potest. Cæterum hoc juris erat ordinarii: nam extra ordinem jure supremæ potestatis privilegia etiam à populo aliquando ferebantur; sed nonnisi centuriatis comitiis; Cic. 3. *de legib. c.* 19. Quale illud apud Romanos fuit, ut quis ante Magistratum capere posset, quàm per leges liceba:. Sic Athenienses cùm injuriati nullius testimonium admitteretur, soli Xenocrati remiserint jusjurandum; Diog. Laer. *in Xenocr.*

5 *Ob meritum indulsit*) Tres personalium constitutionum species hoc loco proponuntur. Si quid Princeps alicui ob meritum indulsit; puta immunitatem ab oneribus publicis. Si quam pœnam irrogavit; puta graviorem ordinaria propter exemplum. Si cui sine exemplo subvenit; puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum, privilegia non solùm pro aliquo, verùm etiam in aliquem ferri posse, ut in Mi-
6 lonem à Pompejo, in Ciceronem à Clodio lata sunt; Cic. *pro dom. sua*, *c.* 17. Illud hic prætereundum non est, non ut quisque privilegium à Principe impetravit, ita & continuò id valere. Nam primùm rescripta Principum contra jus vel utilitatem publicam elicita à judicibus improbari etiam ipsorum Imperatorum constitutionibus jubentur, extra quam si prosint petenti, & alium non lædant, vel crimen supplicantibus indulgeant; *l.* 3. & 7. *C. de prec. imp. off. l. ult. C. si cont. jus vel util. pub.* aut licèt cum læsione alterius, moratoria dumtaxat præscriptio debitori permittatur; ut est in *l.* 2. *C. de prec. imp. offer.* id est, exceptio dilatoria: exceptio, non qua perimatur actio, sed petitio & actio in tempus certum differatur, spatio ad solvendum debitori dato; *Brieven van respiit.* Quo tamen casu placet non aliter rescriptum valere, quàm si fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur; *l.* 4. *C. d. tit.* quod & cautum Caroli V. *edicto* 19. *Maji* 1544. *art.* 32. Secundò si Principi obreptum sit, celata scilicet veritate; vel subreptum expresso mendacio, rescripti fructu privari jubetur, qui id impetravit; *l.* 2. *C. de legib. l. pen. C. si cont. jus vel util. pub.* Utrumque ex voluntate & mente Principis sumptum est, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere: aut aliter, quàm si preces veritate nitantur; *l.* 7. *C. de div. resp. l. pen.* & *ult. C. si cont. jus.* & *lib.* Groenevv. *tract. de ll. abr.* Gail. 1. *obs.* 14. Tuld. & Perez *post DD. comm. ad tit. C. si cont. jus vel ut pub.* Ant. Fab. *C. suo ibid. defin.* 1. Christin. *vol.* 2. *decis.* 74. & 76. exemplum in *l.* 1. *ff. de natal. restit.* Hinc est, quòd à Curiis rescripta ejusmodi aut rejici aut admitti, sive ut nunc loquuntur, interinari solent.

TEXTUS.

De Jure Honorario.

7. *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare: quòd qui honores gerunt, id est, Magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant & Ædiles curules edictum de quibusdam causis; quod & ipsum juris honorarii portio est.*

NOTÆ.

7. *Prætorum edicta*) Jus prætorium introductum est adjuvandi vel supplendi & corrigendi juris civilis gratia: *l.* 7. §. 1. *D. de just.* & *jur.* exempla *in pr.* & §. 1. *infr. de bon. poss.* §. 3. *infr. de exh. lib.* §. 9. *infr. de her. quæ ab intest.* §. 3. *infr. de leg. agn. succ.*

Non modicam auctoritatem) Minorem tamen, quàm species superiores. Nam edicta Prætorum non valebant auctoritate populi aut Principis, sed tantùm ob honorem Magistratus, qui non tam conditor est juris novi, quàm custos & interpres conditi, *d. l.* 7. §. 1. & *seq. D. de just.* & *jur. l.* 2. §. 10. *de orig. jur. l.* 12. §. 1. *D. de bon. poss. l.* 1. *in fin. D. ex quib. caus. maj.*

Ædiles curules) Ad distinctionem Ædilium plebis. Curabant ædes sartas tectas esse, aquas mundas, integros aquæductus, vias expeditas, Cic. 5. *in Verr. cap.* 14. add. Liv. *lib.* 6. *in fin.* & 7. *in pr.* Varr. 4. *de ling.*

Juris honorarii portio) Jus honorarium genus est, cujus species prætorium & ædilitium. VINN. Immo & proconsulare. Nam & edictum provinciis proposuisse nemo ignorat. HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Unde Prætori, & qualis condendi juris potestas.*
2 *Ædiles Curules qui & unde dicti.*
3 *Jus ædilitium quo sensu dicatur sub prætorio contineri.*

INter species juris civilis numeratur hoc loco & jus prætorium; quod tamen non rarò ut species diversa juri civili opponitur. Sed non

non est novum in jure nostro, ut idem nomen nunc latius, nunc angustius accipiatur; & quod per se positum nomen generis est, contrahatur ad certam speciem oppositam speciei ejusdem generis. Itaque cùm jus civile à Prætorio distinguitur; per jus civile intelligitur, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum venit: per Prætorium, quod illius juris adjuvandi, supplendi, corrigendi causa Magistratus introduxerunt. Papinian. *l. 7. de just. & jur.* Unde autem Prætori juris condendi potestas?
1 Neque enim Prætor aliud quam Magistratus fuit, juri dicendo, non condendo, quod majestatis est, præpositus; custos juris civilis, non arbiter; neque ulla lege talem potestatem Prætori datam uspiam legimus. Sic existimo, Prætores ab initio jure Magistratus edicta tantùm proposuisse, de quibus rebus, & quomodo jus dicturi essent, *l. 2. §. eodem tempor. 10. de orig. jur.* Progressu autem temporis, non obtinente populo, hoc simul usurpasse, ut edicendo etiam jus constituerent: ut tamen edicta eorum minorem longè vim, quàm leges haberent, nec abrogare jus constitutum aut receptum possent, *l. cùm sponsus 12. §. 4. de publ. in rem act. l. 12. §. 1. de bon. poss.* sed tantùm adjuvare, supplere, corrigere, *l. 7. §. 1. de just. & jur.* hoc est, rigorem juris civilis mitigare, & de iis, quæ legibus nec sancita nominatim, nec vetita essent, ex bono & æquo aliquid statuere, etiam præter rationem juris civilis. Nam certè plus hic licuisse Prætori, quàm vel Jurisconsultis vel Judicibus privatis, arguunt tot exceptiones & actiones, tot bonorum possessiones præter manifestam rationem juris civilis à Prætore introductæ, in quibus ante jus à Prætoribus constitutum nihil sibi sumere quisquam privatus potuit: atque hinc est, quòd edictum Prætoris nonnumquam lex appellatur, uti ab Ulpiano *l. 1. §. 2. unde cog.* & Cic. 3. *Verrin.* VINN. Vera hæc omnia, si de jure quæras. Neque enim quisquam dixerit, jus fuisse Prætoribus, jura constituta abrogare. Sed ipso facto tamen abrogarunt, & fictionibus, novis inventis vocabulis, restitutionibus in integrum Jus antiquum mutarunt; uti docuimus in *Antiquit. Rom. §. 24. h. t.* Agnoscit hoc Dio Cass. *Lib. 36. p. 21.* referens, quòd Prætores *οὔτε τὰ γραφθέντα ἐτήρουν, ἀλλὰ πολλάκις αὐτὰ μετέγραφον. Ne quidem jura scripta servarint; sed ea mutaverint sæpenumero.* HEIN.

Qui honores gerunt) Jus honorarium ad honorem Prætorum nominatum esse, ait Papin. in *d. l. 7. §. 1.* quòd, qui honores gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dederunt, ut hic Justinian. Proposuerunt quidem & alii Magistratus Censores, Consules, Tribuni, edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notum est: nec dubium, quin secundùm ea jus dictum fuerit: attamen quia soli Prætores juris dicendi causa creati sunt, totaque ferè jurisdictio penes Prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne, quod à jurisdictione venerat, non minus prætorium quàm honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam aliæ partes juris honorarii continerentur.

Ædiles curules) Curules, ad distinctionem 2
Ædilium plebis; nam ædilitatem curulem patricium Magistratum fuisse constat ex Liv. *init. lib. 7. dec. 1.* Ædiles autem dicti à potissima parte procurationis eorum, quòd ædes sacras & privatas sartas tectas esse curarent. Auctores Festus & Varro *lib. 4. de ling. Lat.* nam & alia ad munus eorum pertinebant, quæ recenset Cic. *l. 5. in Verr. c. 14. &* Gruch. *l. 1. de comit. Rom.* De veriverbio vocis Curules, non magnopere laborandum: sive enim à curia, sive à curru, quo vehebantur, sive à Sella curuli, in qua sedebant, eam deducas, parum refert.

De quibusdam causis) De rebus, maximèque mancipiis & jumentis venalibus; item de animalibus feris continendis, qua vulgo iter fit, edictum satis celebre & explicatum *lib. 21. π. tit. 1.*

Juris honorarii portio) Jus ædilitium appel- 3
latione juris honorarii propriè continetur, ut species appellatione generis. Sed & prætorii appellatio jus ædilitium continet: *l. 5. in pr. de verb. oblig.* non quidem verbi significatione, (neque enim Ædiles Prætores erant) sed sententia scribentis. Et hoc est, quod Pomponius scribit in *d. l. 5.* prætorias stipulationes sic exaudiri oportere, ut in his etiam contineantur ædilitiæ; *Nam & hæ*, inquit, *à jurisdictione veniunt*; innuens id, quod de prætoriis tanquam principali earum specie dictum est, etiam dictum intelligi de reliquis, quarum interponendarum eadem sit causa & origo, jurisdictio nimirum magistratus.

TEXTUS.

De responsis Prudentum.

8. *Responsa prudentum sunt sententiæ & opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere: nam antiquitus constitutum erat, ut essent, qui jura publicè interpretarentur, quibus à Cæsare jus respondendi datum est, qui Jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sen-*

tentiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere à responsis eorum non liceret, ut est constitutum.

NOTÆ.

8. *De jure respondere*) Cujac. Hotom. Wes. ex libris veteribus, *jura condere*. Theoph. νομοθετεῖν, sed ut rectè idem κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν, *per consultationem & responsionem*.

Antiquitus constitutum) Malo *institutum*, nulla enim lege id constitutum, sed more majorum institutum fuit: dictaque hæc pars in specie jus civile, *l. 2. §. 5. De orig. jur.*

A Cæsare) Primus D. Augustus constituit, ut ex auctoritate Principis responderetur, *d. l. 2. circa fin.*

Quorum omnium) Aut utique plurium, *l. un. C. Theod. de Respons. prudent.*

COMMENTARIUS.

Origo auctoritatis prudentum à capite accersita.

POstrema juris scripti pars sunt responsa prudentum. Cujus juris originem operæ est à capite accersere. Latis legibus 12. tab. quæ perbreves erant & obscuræ, cœpit (ut naturaliter evenire solet) ut interpretatio desideraret prudentum auctoritatem, necessariaque esset disputatio fori. Hæc disputatio atque hoc jus, quod sine scripto venit, compositum à prudentibus communi nomine appellabatur jus civile, hoc est, nomine generis ad speciem contracto. Hæc Pompon. *l. 2. §. his legibus, 5. de orig. jur.* Unde primò intelligimus, interpretationem juris dumtaxat prudentibus permissam fuisse, non juris propriè condendi potestatem: ac neque hanc earum interpretationem statim pro jure acceptam; sed ubi ea in foro agitata & recepta esset; quo respectu jus istud sine scripto introductum Pomponius ait: quod tamen pars est juris scripti, quatenus est ex interpretatione illius juris & legum sententia, *argum. l. 6. §. 1. de verb. sign.* ad quod declarandum habemus accommodatissimum exemplum, *inf. tit. de leg. patr. tut.* atque hoc sensu rectè opponitur consuetudini. Item jus illud sive receptas interpretum sententias compositas, hoc est, descriptas, atque in certum volumen collectas fuisse, neque ab iis judicem in judicando potuisse recedere; utpote quæ partem constituerent juris civilis, eoque nomine in specie etiam appellarentur. Atque ut obiter sciamus, ante tempora Augusti, quicumque studiorum suorum fiduciam habebat, de jure consulentibus publicè respondere poterat. Divus autem Augustus, quo major esset juris auctoritas, primus constituit, ut ex sua auctoritate responderetur. Post quod tempus peti pro beneficio, & à Principe jus respondendi dari cœpit, ut in *d. l. 2. circa fin.* idem Pompon. scribit; quam ob causam nonnulli existimant ex eo demum tempore responsa auctoritatemque Jurisconsultorum inter partes juris scripti numerari cœpisse. Nunc verba hujus §. inspiciamus.

Permissum erat de jure respondere) Hoc ad tempora liberæ Reipub. referri non posse, ex jam dictis liquidò apparet: sed ad posteriora referendum, postquam nimirum D. Augustus hoc jus à Principe peti voluit. Fallitur Theophilus, dum putat, hoc jus à populo aut Senatu concessum fuisse.

De jure respondere) Veteres codices, (auctore D. Pacio) habent *Jura condere*, id est, νομοθετεῖν, non malè: nam & consulti quodammodo jus condebant: nempè, ut rectè Theophilus, κατὰ πεῦσιν, καὶ ἀπόκρισιν, *per consultationem & responsionem*; quo sensu etiam juris conditores nonnumquam appellantur, *l. nulla 23. C. de proc. l. si furiosi 25. C. de nupt.* Cæterum, ut dixi, quod ita respondentes interpretando condebant, non ex propria eorum auctoritate statim valuit, aut vim legis habuit; sed tum demum habere cœpit, cùm usu forensi receptum esset: errantque adeo toto judicio qui tantam Jurisconsultis auctoritatem tributam fuisse existimant, ut novum etiam jus condere docuerint, per *l. ult. C. de legib.* ubi tamen nihil eis conceditur, quod antea non habuerint; sed tantùm relinquitur pristina legum interpretandarum facultas, add. D. Gudelin. *5. de jur. nov. 2.*

Constitutum erat) Malo *institutum*, ut nonnulli codices habent: nulla enim constitutione tale quid sancitum fuit.

Jurisconsulti) Item Jurisperiti & prudentes, & auctores juris, modestiæ quoque causa juris studiosi appellari amabant: fortassis ad exemplum Pythagoræ, qui se non σοφὸν, sed φιλόσοφον dici voluit. Itaque hæc appellatio communis est tam præceptorum, quàm discipulorum & auditorum juris, *l. 1. de off. assess. l. 9. §. 4. de pœn. l. 4. de extr. cog.* quibus in locis constat juris studiosos pro juris professoribus & assessoribus comitibusve judicum accipi, add. Cujac. *7. observ. 25.* Rævard. *2. conject. 10.*

Quorum omnium) Aut utique plurimorum: nam singulorum sententiis eam vim tribuere per-

perquam absurdum, & videtur Justinianus, ut verba postrema hujus §. arguunt, respicere ad constitutionem Theodosii, quæ extat in *l. un. C. Theod. de resp. prud.* Vinn. Immo omnino omnium, quibus jus respondendi à Principe datum, opiniones & sententiæ judicem obligabant, eo modo, uti hodie in Germania sententiæ à collegiis juridicis conceptæ. Theodosii constitutio non ad responsa & sententias JCtorum, sed ad scripta veterum inter se dissentientia, in juridicis allegata pertinet. Hein.

Textus.

De Jure non scripto.

9. *Sine scripto jus venit, quod usus approbavit; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.*

Notæ.

9. *Diuturni*) Propria hæc sunt epitheta consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata: quanto autem tempore inducatur, jure nostro definitum non est.

Legem imitantur) Id est, legis vim & effectum habent, *l. 32. & seq. D. de legib.* Quin etiam plus valere, & in rebus majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobatæ sunt, quàm quæ scripto constant, testatur Aristot. 3. *Polit. c. ult.*

Commentarius.

1 *Juris non scripti seu longa consuetudine introducti quanta, & unde auctoritas, & num. 2. & 5.*

3 *Ad jus consuetudine introducendum opus esse probabili Superioris scientia.*

4 *Quantum tempus, quot actus & quales ad inducendam consuetudinem necessarii.*

6 *Applicatio superioris divisionis ad jus civile Batavorum.*

7 *An plures species juris, quàm quæ memoratæ; & de æquitate, & communi opinione.*

1 *Sine scripto*) De quibus causis scriptis legibus non utimur: id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est, *l. de quibus 32. de legib.* Immo magnæ auctoritatis hoc jus habetur; quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere; *l. immo magna 36. eod. Usus est*, inquit alicubi Livius *gravissimus juris censor, & explorator, ut non possit non æquum esse & utile, quod is probavit, sæpius facto periculo.* Cui simile est, quod Aristot. 3. *Pol. ult.* scribit, *plus valere, & in rebus majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobata sunt, quàm quæ scripto constant.* Dicitur autem hoc jus non scriptum, non quòd scribi necesse non sit *d. l. 36.* Utique tamen utile est scripto id comprehendi ad lites & sumptus probationum minuendos, & videmus multarum regionum consuetudines non modò scriptas; sed etiam commentariis illustratas circumferri. Neque tamen idcirco consuetudo fit jus scriptum, quod legem appellamus: quia non ex scriptura, sed ex usu æstimatur; & facilioris tantùm probationis causa scripta intelligitur. Vinn. Non fit jus scriptum per scripturam, quia non per modum legis publicatur. γράφειν νόμους autem est *Leges publicare.* Vid. supra ad §. 3. h. t. Hein.

Consensu utentium) Nimirum tacito. Nam quemadmodum expressa sanctio legem facit, ita tacita populi voluntas consuetudinem; unde quoad vim & effectum inter hæc duo nihil interest. Quid enim refert, ait Julianus in *d. l. de quibus 32. suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis?* Populum autem etiam hic intelligere debemus nullius imperio subjectum: nam quæ civitates alterius imperio parent, non magis tacito consensu consuetudinem introducere possunt, quàm expresso legem. Hinc quia ejusdem est legem tollere, cujus est condere, rectè rescriptum est in *l. 2. C. quæ sit long. cons.* legi à Principe latæ contraria consuetudine derogari non posse. Quamobrem etiam existimandum est, Julian. in *d. l. de quibus 32.* respexisse ad anteriora tempora, quibus populo adhuc jus suffragii erat, aut ad ea jura, quæ nondum sublato jure suffragii moribus introducta sunt; quale est pupillaris substitutio, *l. 2. de vulg. & pub. subst.* item querela inofficiosi testamenti, *l. 8. in pr. de bon. poss. cont. tab.* donationis inter virum & uxorem improbatio, *l. 1. de don. int. vir. & ux.* & si quæ sunt generis ejusdem. Fortassis etiam jura municipiorum consideravit, quæ suis legibus & moribus utebantur etiam sub Imperatoribus, ut notavi *sup.* §. 1. Evincit hoc ipsa Jurisconsulti disputatio, qui argumentatur à jure suffragii ad jus introducendi consuetudinem. Proinde in statu populari jus consuetudinis introducendæ, quæ instar legis fit, solus populus habere potest; in Monarchico, aut Optimatum non item: sed in ea introducenda probabilis Principis aut Superioris scientia & patientia requiretur; ut rectè D. Wesemb. *part. de le-*

legib. num. 9. & D. Gudelin. *l. 5. de jur. noviss. c. 2. per d. l. de quib. 32. & d. l. 2. C. quæ sit long. conf.* etsi quòd non requiratur scientia Superioris, communior opinio est, quam post Schneid. *hic num. 2.* probat D. Tulden. *ad d. tit. C. num. 1.* & in judicando secuta est suprema Curia Mechlin. teste D. Christin. *vol. 2. dec. 55. num. 5. & 6.* neque D. And. Gail. 2. *observ. 31.* aut Mynf. *6. obs. 41. & seq.* hoc inter requisita consuetudinis numerant. Planè quatenus civitates statuta condere possunt, nec consuetudines statutis similes introducere prohibentur, aut ante statuta tacitè abrogare.

Diuturni mores) Propria hæc epitheta sunt consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata. Nam cùm sensim tacito consensu populus inducatur, necesse est is consensus ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet, atqui ad eam probandam multum confert; si ea judicio contradictorio aliquando firmata sit; *l. cum de consuetudine 34. de legib.* Quantum autem tempus & quot actus ad introducendam consuetudinem requirantur; in-
4 ter interpretes non satis convenit. D. Connanus 1. *comm.* 10. & Hotom. *hic*, tantùm tempus requirunt, quantum superstitum hominum nec ætas nec memoria comprehendit; per *l. 1. §. ult. junct. l. 2. §. idem Labeo 7. de aq. pluv. arc.* Vulgo, testibus D. Gail. 2. *obs. 31.* Mynf. *6. obs.* 41. Schneid. *hic num. 5.* Wesemb. *par. de legib. num. 9.* arbitrantur, consuetudinem induci decennio, aut tanto tempore, quanto jus aliqnando præscribi potest. Verùm, ut rectè D. Ant. Fab. 1. *jurispr. 2. pr.* 11. notat, in hoc hi omnes errant, quòd consuetudinem cum præscriptione juris confundunt. Præscriptio enim nullum jus acquirit nisi præscribendi, & in eos dumtaxat, contra quos præscriptum est, & in tantum, in quantum præscribens possedit vel quasi. Consuetudo verò acquirit jus in universum omnibus & contra omnes in suo casu, quia cùm sit lex quædam tacita, legem imitatur; *l. ult. C. quæ sit long. conf.* Quam ob causam cum D. Cujac. 20. *obs.* 1. & Menoch. *consil.* 543. *n.* 20. potius judicis arbitrio hoc definiendum censeo, qui pro negotii qualitate modò longius, modò brevius tempus statuere possit, & quantumcumque tempus sufficere, modò adsit actuum frequentia, & uniformitas, ut Ant. Fab. *ad l. nam Imperator 38. de legib.* Et quoniam in consuetudine introducenda non hujus aut illius hominis vel etiam ordinis morem inspicere debemus, sed totius populi usum, eumque colligere ex iis, quæ non semel aut bis, sed frequenter circa eamdem rem & controversiam observata sunt, *l. 1. C. quæ sit long. conf.* & observata tenaciter, hoc est, perpetuo similiter, *l. ult. C. eod.* non putarem ad inducendam consuetudinem duos actus sufficere, quantumvis judiciales & notorios, quæ communis est opinio probata item à Gail. & Mynf. *dd. loc.* sed hoc etiam arbitrio judicis relinquendum, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt, *arg. l. 1. §. ult. de jur. delib. l. 9. C. de bon. auct. jud. poss.* Cujac. Menoch. Fab. *ubi sup.* eleganter D. Diod. Tulden. *in comm. ad hunc tit. c. 4.* Illud majoris partis consensu & rectè receptum est, cùm de consuetudine probanda quæritur, necesse non esse probare, eam aliquando firmatam fuisse judicio contradictorio. Nam cùm ea populi consensu inducatur, quid refert, quòd non etiam intervenerit res judicata? Quod si tam certum jus fuerit, ut de eo nunquam apud judicem dubitatum sit: an non majoris auctoritatis id videri debet, quàm quod in judicio contradictorio approbatum? *l. immo magnæ 36. de legib.* Consilii igitur est, non necessitatis quod scribit Ulpianus in *l. 34. d. tit.* cùm de consuetudine quæritur: primùm explorandum esse, an etiam contradictorio aliquando judicio confirmata sit. Consilium dat, ut id fiat, quia illa exploratio utilis est probaturo consuetudinem, scilicet ut paratas habeat easdem illas probationes, quibus consuetudo tum probata est. Et secundùm hanc opinionem in Camera judicatum testatur Gail. 2. *obs.* 31. *n.* 8. add. Myn. *6. obs. 41. num. 15.* Schneid. *hic num. 6.* Christ. *vol. 4. dec.* 187. *n. 7. & seqq.* ubi plures citat, qui hanc sententiam defendunt, & communem asserunt. Ita quoque judicatum refert Radelant. *Traject. decis. 3. num. 4.*

Legem imitantur) Id est, vim & effectum 5
legis habent. Itaque non hic solus consuetudinis effectus est, quòd jus novum, de quo nihil ante cavebatur, inducat; sed etiam quòd latam antea legem abroget; *§. pen. inf. eod.* Est & alius item consuetudinis effectus, in jure scripto nimirum interpretando. Nam si de interpretatione dubiæ alicujus legis quæratur; monemur in primis inspiciendum esse, *quo jure civitas retro in hujusmodi casibus usa sit*; optimam enim legum interpretem esse consuetudinem, *l. si de interpretatione 37. & l. seq. de leg.* minimeque mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt, *l. minimè 23. eod.*

Nos item in his regionibus aut scriptis le- 6
gibus utimur, aut non scriptis. Leges scriptæ

aut

aut generales sunt, quæ ad omnes pertinent, & ubique locorum in hac provincia vim habent; aut speciales, quæ sunt propriæ alicujus loci, aut privilegia certis Corporibus, Collegiis, Civitatibus, aut Regionibus: itemque certæ alicui personæ aut pluribus unius generis, ut viduis; pupillis, pauperibus, &c. concessa. Generales leges soli sanciunt Ordines, aut Præfecti, quibus ea potestas sub nomine Comitum aut summorum magistratuum legitimè delata est. Sed & sine hac delatione, Præfecto Provinciæ unà cum Præside aliisque Curiæ Provincialis Senatoribus jus est, de quibusdam causis leges ferre, nempe de iis quæ ad usum fori, morem judiciorum, ad lites tractandas atque expediendas; ad frustrationes & captiones scribarum, advocatorum, procuratorum, viatorum, &c. corrigendas pertinent, quippe quibus in hac parte cura reip. jam ab initio mandata fuit, Merul. *lib.* 1. *tit.* 4. *c.* 5. add. Christin. *vol.* 2. *decis.* 51. *n.* 8. & *decis.* 65. *num.* 3. & 4. nisi hæc Curiæ decreta speciales potius leges dicendæ cum D. Grot. 1. *manud.* 2. Speciales leges non tantùm Ordines condunt, aut Præfecti, quos diximus, privilegiis ferendis, aut condendis statutis particularibus; verùm etiam Prætores & Baillivi de sententia Magistratuum urbanorum legitimè congregatorum in sua quique civitate leges locales quas *Keuren* appellamus, condere possunt: item Baillivi cum potissimis agros collentium, (*Welgeboren Mannen*) Prætores pagani cum Scabinis in agris, & pagis de rebus ad jurisdictionem suam pertinentibus; quatenus nimirum jus condendorum statutorum ab iis, qui summæ Reip. præsunt, acceperunt. Leges non scriptæ sive mores aut inveteratæ consuetudines, & ipsæ partim generales, qualis est communio bonorum inter conjuges: partim speciales, quale est jus retractus, quod in Rihnlandia, Delflandia, Kennemerlandia, & agro Voornano observatur, D. Merul. *d. lib. tit.* 4. *c.* 1. & *seqq.* Grot. *d. loc.* Quòd si de re, de qua quæritur, nihil legimus aut moribus nostris definitum est, jus commune, hoc est, Romanorum sequendum est: auctore D. Grot. *d. loc.* ad Christin. *vol.* 1. *decis.* 343. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. v. c.* 13. & *lib.* 3. *cap.* 13.

7 Et hactenus quidem explicatæ sunt partes juris civilis è Justiniano propositæ. Sed an non plures poni debuerint, dubitari potest. Video enim, à nonnullis inter partes juris non scripti præter consuetudinem quæ sola à Justiniano posita est, numerari etiam res judicatas, sive præjudicia, & æquitatem. Sed utrumque perperam. Nam etsi rerum, præsertim sæpius judicatarum, non vilis est auctoritas: vim tamen legis minime habent, nec jus inducunt, quod inter alios, simili aut ejusdem generis controversia mota sequi necesse sit; *tit. C. res int. al. act. aut jud. al. non noc.* eoque pertinet, quod Imp. in *l. nemo* 13. *C. de sent. & interl.* rescribit; & vulgo dici solet; *Non exemplis, sed legibus judicandum esse.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 51. *num.* 5. & *seq.* Sed nec æquitas propriè dicta hujus juris pars est. Et quidem ἀγραφοντι, quia scripta non est; sed non eo sensu ita appellari potest, quo jus illud constituit speciem juris civilis. Quod ut planius intelligatur, observandum est, nomen æquitatis dupliciter accipi; vel in genere pro æquo, quod cum omni jure conjuuctum est; vel in specie pro eo, quod est à jure civili diversum. Generalis appellatio etiam juri civili convenit; nam omnibus legibus & juri civili æquitas aliqua inesse creditur, nomenque juris non meretur, quod ab omni æquitate destitutum est. Atque hoc sensu Cic. *in Topic. c.* 2. jus civile definit *æquitatem constitutam iis, qui sunt ejusdem civitatis.* In specie autem & propriè accepta æquitas juri opponitur non scripto, ut male nonnulli, sed stricto. Hæc Græcis ἐπιείκεια dicitur, nostris etiam æquum & bonum, humanitas, benignitas: ab Aristotele 5. *Eth.* 10. definitur ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου δικαίου, *juris legitimi correctio.* Cujus usus elucet cum in verbis legis ex sententia extendendis & ad casus similes producendis, ubi lex minus scripsit, plus voluit; tum in verbis restringendis, ubi ex sententia constat plus scripsisse legislatorem, minus voluisse: maximè verò in benigna legum interpretatione, earumque ad singulas facti species accommodatione; tali tamen, quæ ab expressa & manifesta legislatoris voluntate non recedat. Huc pertinet *l.* 10. & *seqq. de leg.* item *l.* 17. & *multa seqq. eod.* Atque hinc etiam peti potest conciliatio *l. placuit, C. de judic.* cùm *l.* 1. *de leg.* & *l. prospexit* 12. §. 1. *qui & à quib. man.* Gudelin. 5. *de jur. Nov. c.* 2. Christin. *vol.* 2. *dec.* 61. *n.* 3. & *seqq.* Non est ergo æquitas hæc species juris civilis, sed quid à jure civili diversum, consistens magis in arbitrio boni viri & judicis; unde & nonnumquam boni viri arbitratus & religio judicis appellatur. Quamobrem rectè Aristoteles *d. loc.* æquum & bonum comparat regulæ Lesbiæ, quippe cùm indefinitarum rerum & norma indefinita esse debeat, æquo & bono ita utendum esse ait, ut fabri cæmentarii & structores utuntur norma Lesbia, quæ cùm plumbea sit & flexibilis, eam struc-

ſtructuræ, cùm uſus eſt, accommodant, nec ſemper ad normam exigunt ſtructuram: quod Guil. Budæus initio *annot. prior.* opulentius explicat. Ea quæ de auctoritate communium opinionum hic diſputari ſolent, in medio relinquo. Unum dico, etſi non vile eſſe debet, quod plures ſentiunt, & id judicium integrius haberi, quod plurium ſententiis comprobatur: Clem. 1. *verſ. quod etiam de ſent. excom. l. 1. in pr. de off. quæſt.* non tamen uſque adeo valere debere, ut in manifeſto errore jus faciat, *arg. leg. 2. C. quæ ſit long. conſ.* vid. Menoch. 2. *præſumpt.* 71. *num.* 24. & ibi citatos D. Diod. Tulden. *hic c.* 7. latè Oſw. Hill. *notat. in Don. lib.* 26. *c.* 2.

TEXTUS.

Ratio ſuperioris diviſionis.

10. *Et non ineleganter in duas ſpecies jus civile diſtributum eſſe videtur. Nam origo ejus ab inſtitutis duarum civitatum, Athenarum ſcilicet & Lacedæmoniorum, fluxiſſe videtur. In his enim civitatibus ita agi ſolitum erat, ut Lacedæmonii quidem ea, quæ legibus obſervabant, memoriæ mandarent: Athenienſes verò ea, quæ in legibus ſcripta comprehendiſſent, cuſtodirent.*

NOTÆ.

10. *Non eleganter*) Nec admodum tamen eleganter, ut apparet ex iis, quæ Hotom. & Bachov.

Lacedæmonii) Lacedæmonii ſcriptis legibus uſi non ſunt, atque una τῶν καλουμένων ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις; *ſcriptis legibus non uti.* Plutarch. *in Lycurg. pag.* 47.

COMMENTARIUS.

1 *Error Triboniani notatus.*

EXactis Regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & conſuetudine uti quàm lege lata; donec placeret publica auctoritate decem conſtitui viros, per quos peterentur leges à Græcis civitatibus. Itaque legati Athenas miſſi, qui inclytas Solonis leges deſcriberent, & aliarum civitatum Græcarum inſtituta, mores, juraque cognoſcerent, Pomp. *l.* 2. §. *exactis* 2. *de orig. jur.* Liv. *l.* 3. *c.* 31. *ſeq.* Hæ leges in 12. tabulis poſtea deſcriptæ leges decemvirales, & 12. tab. ſunt appellatæ; fons omnis publici privatique juris, auctore eod. Livio. Ex quibus perſpicuum eſt, jus ſcriptum ſive leges Romanorum originem ſuam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, & inſigniter errare Tribonianum, qui jus ſcriptum Romanorum ab Athenienſibus, non ſcriptum à Lacedæmoniis arceſſit. Nam primùm malè confert leges non ſcriptas Lacedæmoniorum cum jure non ſcripto Romanorum: Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus introductum, quo ſenſu jus non ſcriptum hic accipi conſtat, & ſcripto, hoc eſt, legibus latis opponi: ſed leges propriè dictæ & expreſſim ſancitæ; quamvis eas non ſcribi, ſed in memoria conſervari voluerit legiſlator eorum Lycurgus. Secundò nec mores Lacedæmoniorum dici poſſunt originem dediſſe juri non ſcripto Romanorum, non magis quàm mores Athenienſium aut aliarum Græciæ civitatum, unde legati Roma miſſi leges petierunt. Nam non minus mores quàm leges horum populorum, deſcripti in illis, quas dixi, duodecim tabulis lege decemvirali perlata, partem juris ſcripti Romanorum conſtituerunt. VINN. Sed vereor, ne perperam dica ſcribatur Triboniano, ac ſi Romanos jus non ſcriptum à Lacedæmoniis; ſcriptum ab Athenienſibus accepiſſe ſtatuat. Diſtinctionis potiùs νόμων in ἐγγράφυς & ἀγράφυς originem ab his civitatibus derivat. Et ſanè Lacedæmonii jure non ſcripto uſi ſunt, teſte Plutarcho *in Lyc. p.* 47. quamvis alio ſenſu, ac Romani. *Ejus* ergo in hoc §. uſurpatur pro *ejus rei*, nec ad τὸ jus civile referendum. HEIN.

TEXTUS.

Diviſio Juris in immutabile & mutabile.

11. *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræquè obſervantur, divina quadam providentia conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent. Ea verò, quæ ipſa ſibi quæque civitas conſtituit, ſæpe mutari ſolent vel tacito conſenſu populi, vel alia poſtea lege lata.*

NOTÆ.

11. *Divina providentia*) Quorum Deus inventor, diſceptator, lator, ut loquitur Cic. Intelligit ergo jus gentium primævum, quod nobis ingenitum; non ſecundarium, quod uſu exigente inventum.

Immutabilia) Jus naturale ſemper & ubique juſtum eſt, & fuit: unde nec quod hoc jure prohibetur, juberi poteſt; nec quod jubetur, vetari. Grot. 1. *manuduct.* 2. addi tamen ei aliquid

quid

quid potest, aut detrahi, *l. 6. D. de just. & jur.*

Tacito consensu) Non tantùm novum jus longo usu introduci potest; sed id etiam, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari, *l. 32. D. de legib.*

Alia postea lege lata) Nam posteriores leges semper potiores sunt prioribus; *l. ult. D. de constitut. Princ.* Harm. *lib. 1. tit. 1.* Varro *lib. 8. de lingua; an non sæpe veteres leges abrogatæ novis cedunt?*

Commentarius.

1 *Jus naturale seu jus gentium primævum immutabile esse, non item jus gentium secundarium, nisi proportionaliter.*

2 *Immutabilitatem illam præcipuè apparere in notionibus divinitùs animis hominum impressis; quod exemplis declaratur.*

3 *Leges civiles etiam consuetudine contraria abrogari posse.*

3 *Expediat ne leges aliquando mutari?*

EXposito jure tum naturali, cum civili, observataque utriusque differentia in causis emergentibus, non incommodè hoc loco subjicietur alia quædam differentia, quæ in effectu cernitur.

Quasi divina providentia constituta) Hoc est, quæ ab incorrupta ratione, à simplici illa notitia mentibus nostris divinitus impressa promanant. Jus quod nobiscum natum est, non ab hominibus excogitatum, cujus Deus est inventor, disceptator, lator, ut loquitur M.
1 Tullius *lib. 3. de repub.* Apud Xenophontem *lib. 4. memorab.* hujusmodi jura θεῶν νόμοι dicuntur. De jure igitur gentium primario, id est, eo quod simpliciter naturale est, hæc accipienda sunt; non de secundario, quod usu exigente inventum. Nam diligenter distinguenda naturalia præcepta ab his, quæ pro certo statu dumtaxat naturalia sunt: jura multis populis seorsim communia ab his, quæ societatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella & res bello capras, circa incrementa fluminum, &c. multùm mutata hodie videmus. Sed & multa, quæ jus naturæ non jubet, sed permittit tantùm, communi consensu prohiberi possunt; uti factum circa omnia ferè ἀδιάφορα, de quo suo loco differemus uberiùs. Sanè etiam jus gentium secundarium ἀναλόγως immutabile dici potest, utique multo difficiliùs tollitur, quàm jus civile.

Immutabilia) Jus naturale semper & ubique justum est & fuit: nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est, aliud posthac erit. Nam ut recta ratio insita à natura & diffusa in omnes constans est & sempiterna, ita & quod ea præscribit, semper atque ex se justum est atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur juberi potest, nec quod jubetur, vetari; ut rectè Grot. 1. *manud.* 2. & convenienter ei, quod scribit Jurisconsult. in *l. 6. de just. & jur.* jus civile *in totum à jure naturæ recedere non debere.* Nec est contrarium, quod Jurisconsult. addit; jus civile *non per omnia juri naturali servire, sed plerumque ei addere aliquid, aut detrahere.* Nam 2
illa additio aut detractio nihil aliud est, quàm generalium juris naturæ præceptorum ad usum moresque civium & formam Reip. specialis cum delectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diversimodè fiat, atque etiam in applicando naturæ jura infecti quodammodo videantur; immutabile tamen pertinet τὸ αὐτοδίκαιον quod per se atque ex sui natura justum est, vimque suam perpetuò retinent in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipuè elucet. Covarr. *de matr. p. 2. c. 6. §. 9. num. 7.* bellè Michael. Ephes. *ad 5. Ethic.* Albert. Bolong. *c. 16. de lege jure & æquit. §. 16.* Exemplis res fiet illustrior. Lex naturæ ita præscribit; *Deum colito; Liberi potestati patris subjecti sunto; pacta conventa servato.* Hæc sunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo jure civili abrogari possunt. Tantùm in modo applicandi, de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua apparet propter varietatem constitutionum civilium; ut scilicet hoc vel illo ritu externo adhibito Deus colatur: ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in servos, potestas sit, & quodcumque per filium acquiritur, id acquiratur patri: vel ut jus tantùm pater habeat filium modicè & sine acerbitate castigandi, & contumacem expellendi domo; ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantùm habeant vestita, ut vulgò loquuntur. Ait Justinianus, nihil tam conveniens esse æquitati naturali, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, §. *per traditionem, 40. inf. de rer. div.* At lex civilis occurrens temerariæ hominum liberalitati, cujus eos mox pœnitere posset, modum huic rei in donatione præscripsit, eamque donationem, quæ quingentos solidos excederet, non aliter ratam esse voluit, quàm si actis sit insinuata §. *2. inf. de donat.* Hoc, inquam, facto non mutatur jus

jus naturale, sed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quò legislatores omnes spectant, tametsi non idem semper constituant) aliquid ei adjicitur: aut si mavis, detrahitur, respectu scilicet præcepti generalis. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, jus naturale *modificari*, *declarari*, *& provisionibus adjuvari posse*: sic enim loqui amant Jo. Fab. Aug. & alii *ad hunc* §. Sexcenta ejusdem generis exempla afferri possent (occurrunt enim in omnibus ferè partibus juris civilis) sed hæc pauca è multis retulisse, puto rei declarandæ sufficere. Illud etiam sciendum est, esse quosdam quasi gradus principiorum practicorum & præceptorum naturæ, ac nonnunquam usuvenire, ut inter se hæc concurrant, & invicem obstent, verbi causa: Lex naturalis est: *Non occides*, est & altera ejusdem generis sed momentosior, quæ sui defendendi causa permittit aggressorem occidere. In hoc consensu lex inferior superiori cedat necesse est. Wesemb. *par. de just. & jur. n.* 15.

3 *Tacito consensu*) Quamobrem non tantùm jus novum longo usu introduci potest, sed etiam id, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari. Atque hoc omnino consequens est rationi Juliani, qui in *l. de quibus* 32. *de legib.* nihil interesse scribit, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis. Ex eodem loco etiam hoc colligitur, quod supra diximus, cessante jure suffragii non tantùm cessare jus populi in lege palam ferenda, verùm etiam in consuetudine contra jus à Superiore constitutum introducenda: quoniam ejus solius est legem tollere, cujus est condere, ita cape *l.* 2. *Cod. quæ sit long. consu.* aut de consuetudine alicujus municipii, *fac. l.* 3. §. *Divus* 5. *ff. de sepulch. viol.*

4 *Alia lege lata*) Expediatne leges mutare, aut quando expediat; politicæ disquisitionis est; cujus tamen quæstionis decisionem suggerit Ulp. in *l.* 2. *de const. princ. In rebus*, inquit, *novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum visum est.* Eaque consentiens est politicorum omnium sententia, Plato *lib.* 7. *de legib.* Aristot. 2. *pol.* 6. *in fine.* Bodin. 4. *de rep.* 3. Lips. 4. *pol.* 9. Conan. 1. *comm.* 2.

TEXTUS.

De objectis juris.

12. *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus: nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur.*

NOTÆ.

12. *Vel ad personas, &c.*) Distributio ex objectis ad finem juris obtinendum accommodata, ex *l.* 1. *D. de stat. hom.* Omne jus redditur personis de rebus per actiones & judicia M. VV.

COMMENTARIUS.

HOc §. transitus fit à jure constituente ad jus constitutum, & methodica quædam via pro materiæ diversitate, circa quam illud versatur, ad hujus cognitionem sternitur; præeunte Cajo in *l.* 1. *de stat. hom.*

Vel ad personas, &c.) Distributio ex objectis, ut apparet, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris, quod jam sæpe diximus, est suum cuique tribuere. Ut autem hunc finem consequamur, necesse est primùm scire, quid sit suum cujusque; deinde qua ratione, si id ultro non præstetur, ab invito obtineamus. Cognitio ejus quod cujusque est, vel ex persona sumitur, vel ex rebus; sed ex jure, quod quisque vel conditione & statu personæ suæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione personæ multùm inter se homines differunt: alii enim liberi sunt, alii servi; liberorum alii ingenui, alii libertini; alii patresfamilias, alii filiifamilias: patrumfamilias, alii in tutela, alii in curatione, alii in neutro eorum. Ac pro diversis hujusmodi qualitatibus diverso quoque jure in civitate censentur; quod quia statum ac conditionem personæ sequitur, jus personarum appellatur: deque eo deinceps hoc primo libro disputabitur. In rebus externis quod cujusque est, id aut est jus reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam jus; aut personale dumtaxat, uno nomine obligatio sive creditum. Illud D. Grotio est *Bebeering*, hoc *Inschuldt.* 1. *manuduct.* *c.* 1. *&* 2. *c.* 1. *circa fin.* Nimirum ergo huc pertinent non tantùm modi acquirendi dominii aut juris alicujus in rem dominio proximi, modi acquirendi res singulas aut per Universitatem: sed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & contra etiam horum omnium admittendorum aut infirmandorum ac distrahendorum rationes, agiturque de hoc jure *lib.* 2. 3. & parte *quarti* usque ad *tit. de actionib.* Obtinendi utriusque juris ratio est in actionibus, hoc est, juris nostri persecutionibus, sive id fiat in judicio, sive extra judicium auctoritate Magistratus, quod argumento ultimo tractatur loco.

TI-

TITULUS TERTIUS.

DE JURE PERSONARUM.

Conc. Tit. 5. Lib. 1. Dig.

Continuatio. Quid hìc persona, quid status, & jus personæ.

IN calce præcedentis tit. proposita fuit series & dispositio summarum partium, quæ deinceps hoc libro, & sequentibus singulatim tractantur. Initium fit à personis, quarum causa cætera constituta sunt. Is titulus ejusdem planè argumenti inscribitur de *statu hominum*. Unde intelligimus personam hic, non qualitatem civis, sed hominis designare, aut potius hominem simpliciter: eamque appellationem tam servo competere, quàm homini libero: sicut & in jure passim etiam servo tribuitur, *l. 3. pr. ne quis eum qui in jus voc. l. potestatis 215. de verb. signif. l. 22. de reg. jur.* Item jus personæ hic esse, quod statum & conditionem personæ sequitur: nam status ipse est personæ conditio, aut qualitas, quæ efficit, ut hoc vel illo jure utatur; ut esse liberum, esse servum, esse ingenuum, esse libertinum; esse alieni, esse sui juris. Itaque status rationem causæ, jus effecti habet. VINN. Jure veteri discrimen erat inter hominem & personam. *Homo* dicitur, cuicumqne contingit in corpore humano mens humana. Et sic sola monstra negantur esse homines, *l. 14. ff. de stat. hom.* Ast *persona* est homo, statu quodam veluti indutus. *Status* vel *naturalis* est, vel *civilis*. Quoad naturalem, servus persona dicebatur; (uti in legibus ab auctore allegatis, & *trinc. h. t.*) non quoad civilem. Quia enim nec libertatis, nec civitatis, nec familiæ particeps erat servus, hinc res *mancipi*, Ulp. *fragm. tit. 19. §. 1.* ἀπρόσωπος Harmenop. *Lib. 7. tit. 6.* immo *nullus L. 32. ff. de R. J. fine capite, §. 4. Instit. de cap. dem.* denique *mortuus L. 209. ff. de R. J.* habebatur. HEIN.

TEXTUS.

Prima divisio personarum.

Summa itaque divisio de jure personarum hæc est, quòd omnes homines aut liberi sunt, aut servi.

NOTÆ.

Jure personarum) In π̃ *de statu hominum.* Status rationem causæ, jus effecti habet; status est ipsa personæ conditio, jus, quod hanc conditionem sequitur.

Summa divisio) Id est, prima & principalis, vel generalissima, πρώτη καὶ ἀκροτάτη. *46. Basil. tit. 1.*

Liberi aut servi) Ex *l. 3. D. eod.* Adscriptitios, de quibus *lib. 11. Cod.* alii in liberorum, alii in servorum numero ponunt.

COMMENTARIUS.

1 *Adscriptitii cujus conditionis habendi, & n. 3.*
2 *Servi diverso respectu ad primum & secundum juris objectum pertinent.*

SUmma) Id est prima & principalis, vel etiam generalissima; nam reliquæ sunt secundariæ aut speciales. De agricolis & adscriptitiis quæri solet, quibus comparandi? Et quod in re non dissimili respondet *Ulp. l. 10. hoc tit.* etiam hic responderi potest: Ejus conditionis æstimandos esse, quæ in eis prævalet. Non enim nna agricolarum coloniis addictorum conditio fuit. Quidam eorum censiti erant, quidam non censiti: hi coloni, illi ferè adscriptitii dicebantur. Adscriptitii quasi servi erant, peculiumque eorum ad dominum pertinebat: coloni liberi, ut coloni Palæstini, Thracenses, Illyricani, de quibus proprii *tit. lib. 11. C.* Adscriptitii tributarii erant, id est, capitis censum sive capitationem præstabant: coloni non erant tributarii, reditus tamen certos pro solo domino terræ solvebant. Consule Cujac. *ad tit. de C. de agric. & cens.* Greg. Tholos. 14. *synt.* 10. & omnino Christin. *vol. 5. decis. 86. & seq.*

Servi) Videmus igitur & hìc in *l. 3. cod.* unde hæc sumpta, non solum liberos, sed etiam servos ad primum juris objectum referri, videlicet ad personas. Atqui servi non minus in dominio nostro & in commercio sunt quam reliqua, quæ in bonis habemus, adeoque quadrupedibus eos exæquat Cajus in *l. 2. §. 2. ad leg. Aquil.* Unde effici videtur, ut servi non ad personas, sed ad res referri debeant, non ad primum, sed ad secundum juris objectum. Sed nimirum duplex est servi consideratio, qua res, 2

quæ in commercio est, ut & reliquæ res nostræ; & qua persona, quatenus puta cognatus dicitur, *l. 14. §. 2. & seq. de rit. nupt.* quatenùs liber fieri, hæres institui, &c. contrahere, & dominum de peculio obligare, ipse iterum naturaliter obligari, & alios sibi obligari potest, *l. 14. ff. de oblig. & act.* Prout igitur consideratur, ita vel ad primum, vel ad secundum objectum pertinet. VINN. Recte. Prout servo, tanquam homini, status vel naturalis tribuitur, vel civilis: & potest, & non potest persona vocari, & vel ad primum, vel secundum juris objectum referri, vid. supra *Not. ad rubr. h. t.* & conf. *L. 32. ff. de R. J.* HEIN.

3 In hisce & plerisque aliis Christiani orbis provinciis quamvis nulli amplius servi sint; reperiuntur tamen adhuc homines conditionis adscriptitiæ, sive rusticani glebæ addicti & quasi proprii illius loci, cui adscripti sunt; ut in Hannonia, teste D. Gudelino *1. de jur. nov. 5.* in Burgundia & multis Partibus Galliæ. Hi enim sunt quos vocant, *Gens de main morte, Homines manus mortuæ*, de quibus Chass. *ad consu. Burg. rubr. 9. §. 17.* Germania quoque ejusdem conditionis homines habet, quos appellant *proprios*, & libertis magis similes esse quàm mancipis, scribit D. Viglius ad §. *sed cum aliquis inf. de test. ord.* Christin. Latinis colonis eos comparat *d. dec. 86. n. 18.* Sed vide Zas. *lib. 1. sing. resp. c. 3. n. 75. & seqq. & l. 2. c. 7. n. 8.* Gail. *de pignorat. cap. 8.* VINN. Immo homines proprii Germanorum sunt verè servi, quamvis non conditionis Romanæ, sed Germanicæ, id est tales, quales jam olim in Germania deprehendit Tacitus de *Mor. Germ. cap. 25.* Glebæ vel prædio adscripti cum posteris, debent censum, operas, maritagium, mortuarium, vel præcipuum ex hæreditate. Coerceri possunt à Dominis: sed non occidi. Nec omnia Dominis acquirunt, sed ea quæ diximus. Cetera liberi, & jure connubi, & commerciorum & ipsius testamenti factionis gaudent. Vid. Potgiess. *de stat. & condit. serv. in Germ.* Cels. Thomas. & Hert. *de homin. propr.* HEIN.

TEXTUS.

Definitio libertatis.

1. Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.

NOTÆ.

1. *Facere libet*) Effectus libertatis est, facere quodlibet, est enim potestas vivendi, ut velis. Cic. *in Paradox.* Aristot. *1. polit. 9.* Zeno apud Laert. breviter, *ἐξουσία αὐτοπραγίας, potestas pro jure suo agendi.*

Nisi si quid vi) Finge nos vinciri, usum rerum nostrarum vi prohiberi, &c. hæc facultatem quidem faciendi impediunt, libertatem autem non minuunt.

Jure) Οὐ γὰρ ἐστι δουλεία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν. Aristot. *1. pol. 9. Legum idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Cic. *pro Cluent. c. 53.* Indicat hanc exceptionem illud Persianum: *Sat. 5. Excepto si quid Masuri rubrica notavit.*

COMMENTARIUS.

EX *qua etiam liberi*) Non ex vocabulo, sed ex re ipsa, quæ vocabulo designatur. Effectum à causa, concretum ab abstracto. Auctor hujus definitionis est Florent. *in lib. 4. hoc tit.*

Cuique facere libet) Differentia ab effectu sumpta. Effectus libertatis est facere quod libet: est enim *potestas vivendi, ut velis*, teste Cicerone in *Paradox. & 1. off. c. 21. num. 3.* Zenone apud Laert. breviter definitur ἐξουσία αὐτοπραγίας, potestas pro jure suo agendi. Cæterum quia hæc potestas partim vi impediri potest, partim legibus circumscripta est; additur exceptio: *Nisi quid vi aut jure, &c.* qua exceptione significatur, duabus rebus, quominus faciamus quod lubet, nos impediri, vi & jure: neque tamen eo minus liberos esse. Finge igitur nos usu rerum nostrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eo minus sua cuique constat libertas, quod quædam facere legibus prohibemur: nam quæ cum legibus & bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos posse credendum est; ut præclarè noster Papinian. *l. filius 15. de cond. inst.* Et divinè M. Tullius *in Cluentiana, cap. 53. Legum*, inquit *ideirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Cui simile illud Arist. *1. pol. 9.* Οὐ γὰρ ἐστι δουλεία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν. Nimirum legis imperium non est δεσποτικὸν sed πολιτικόν. Quapropter obedientia, quæ legibus ultro præstanda, ut omnibus libertas sit incolumis, non pugnat cum libertate, sed eam tuetur; quamvis coerceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur; ut benè D. Wesemb. *hic*, & D. Tulden. *c. 1.* VINN. Est & hæc definitio verè Stoica. Vid. Per. *sat. 5. v. 88.* & quæ ibi notavit Casaubonus Arrian. *Diss. Epictet. Lib. 11. c. 1.* Ita verò explicata, non est cur à quibusdam, Accursium sequu-

quutis, reprehendatur. Vetus enim & proba est, uti ostendit Maran. in *Paratitl. ad Tit. ff. de stat. hom.* HEIN.

TEXTUS.

Definitio servitutis.

2. *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

NOTÆ.

2. *Constitutio*) Id est, res gentium constituta, causa pro effectu: sic thesaurus dicitur depositio pecuniæ: *lege* 31. §. 1. *D. de acq. rer. dom.* pro *pecunia deposita.*

Dominio alieno) Unde Zenoni apud Laert. servitus definitur στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra naturam) Contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura: *lege* 4. *D. de just. & jur. lege* 32. *de reg. jur.* φύσει γὰρ οὐδεὶς δοῦλος ἐγενήθη. Philost. Liberos & servos à natura procreari disputat Aristot. 1. *pol.* 3. & 4. sed alio sensu, nempe ingenio stupidos & corpore robustos à natura productos videri ad serviendum iis, qui ingenio valent, ministerio scil. œconomico. D. Heins. *in Epist. ad Georg. Richt.*

COMMENTARIUS.

Constitutio juris gentium) Causa pro effectu, res jure gentium constituta, non ordinatio, aut pars constituens. Tropus in hujusmodi verbalibus non inusitatus: sic enim & thesaurus dicitur depositio pecuniæ, *l. nunquam* 31. §. 1. *de acq. rer. dom.* pro pecunia deposita. Apud Laertium à Zenone definitur servitus, στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra naturam) Hoc est, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura. Nam servi natura, id est, citra factum humanum, aut primævo naturæ statu nulli sunt; *leg.* 4. *de just. & jure d. l. quod attinet* 32. *de reg. jur.* quamquam justitiæ naturali non repugnat, ex pactione aut delicto servum fieri. Quod verò Aristoteles *l.* 1. *pol. cap.* 3. & 4. scribit servos quosdam nasci & natura esse; eo nihil aliud significat, quàm quosdam, nempe ingenio tardos ac stupidos, corpore autem robustos, in hunc finem à natura productos videri; ut aliis, qui ingenio & ratione valent, serviant subjectione scilicet œconomia, ad ministeria domestica explicanda: qua de re copiosè & acutè disserit Clariss. Heinsius in *epist. ad Georg. Richterum.*

TEXTUS.

Servi & mancipii etymologia.

3. *Servi autem ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent: qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiantur.*

COMMENTARIUS.

1 *Captos jure belli quovis tempore occidi posse, non tamen salva interna justitia.*
2 *Sigonius & Bachovius notati.*
3 *Jura de captivis agentibus introducta ut captores libentius abstinerent à summo jure, quo captos interficere poterant.*
4 *Captivitatis jura in bello cum Mahumetanis adhuc servari; inter Christianos autem morem esse, ut captos liceat redimere.*
5 *In his regionibus servos adeo nullos agnosci, ut etiam illi, qui aliunde huc cum dominis veniunt, liberi fiant.*

Ex eo appellati) Eadem ratio nominis redditur à Florent. *l.* 4. §. 2. *hoc tit.* Pomp. *l. pupillus* 239. §. 1. *de verb. sign.* August. 19. *de civ. Dei* 15. Notat hic Alciat. *in d. l.* 239. *de verb. sign.* eumque secuti Mynsf. & Schneid. *hic*, non licere hostem, postquam captus est, seque dedidit, occidere, sed tantùm arma adhuc tenentem, neque se volentem dedere. In dedititium autem sævire nefas esse, neque id bonos Imperatores unquam permisisse; quamvis plerique statuant, etiam postquam captus est, sesque dedidit, hostem jure occidi posse, donec intra præsidia nostra deductus sit: quia alioqui multa adhuc accidere possunt, ut iterum evadat, *arg. l. in laqueum* 55. *de acq. rer. dom.* Accuratius autem hac de re disputat D. 1
Grot. *l.* 3. *de jur. bel. c.* 4. ubi multis adductis auctoritatibus ostendit, jure belli licere captos occidere, & quovis tempore licere, & eos, qui se dedere volunt, nec recipiuntur, immo & deditos sine ulla conditione. Cùm autem Scriptores dicunt, id belli jure licitum esse, non intelligunt tale jus, quod actum omni culpa liberet, sed facti impunitatem; ut si forte quis supplicem, aut se ultrò dedentem interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tamquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine inferri. Cæterum etsi impune id fiat, laudabile tamen natura non esse, actumque hujusmodi carere in-

interna justitia, quoniam excedit modum lædendi naturaliter concessum: ideoque nec in foro animæ excusatum esse. Hinc Augustinum merito laudare Gothos, quod supplicibus & in templa perfugientibus pepercissent: *Illicitum sibi esse judicantes, quod belli jure fieri licuisset*, *lib.* 1. *de civ. Dei cap.* 2. De illo inter omnes convenit, eos, qui vitam salvam pacti, sive in fidem recipiuntur, nec exteriori jure trucidari licere. Porro de temperamento circa jus interficiendi in bello captos adi eumd. Grot. *d. lib.* 3. *cap.* 11. & 14. nonnulla etiam habet D. Tulden. *comm. ad Instit. tit. de his qui sui vel alien. jur. c.* 5.

2 *Imperatores*) Non intelligit Principes Romanos, sed στρατηγύς, Belli duces τῶν πολέμων ἡγεμόνας, ut rectè vertit Theoph. Quod hic ex Sigonio notat Bachovius, Imperatores dictos ab imperio militari, hoc est, jure belli gerendi; verum quidem est. Cæterum quod ex eodem Sigonio adjicit; hoc imperium militare Magistratui seorsum lege Curiata dari solitum, falsum est. Nam lex Curiata omnibus omnium annorum patriciis Magistratibus necessaria erat, non ad aliquod adventitium rei militaris imperium obtinendum, sed ad confirmationem sui Magistratus: ut religio auspiciorum, quæ propriè & præcipuè in Curiarum suffragiis inerat, retineretur: quod vel ex una *orat.* 2. *in Rull.* intelligi potest, vid. Gruch. *lib.* 3. *de comit.* & *in refut. post disp.* Car. Sigon. ubi multis testimoniis ex antiquitate petitis ostendit, Consules & Prætores potestatem administrandæ rei militaris jure sui Magistratus habuisse. VINN. Ita Vinnius noster Gruchium sequitur, secundùm quem contra Sigonium à frequente eruditorum Senatu datum est. Legi de hac Sigonii & Gruchii lite meretur V. C. Græv. *præfat. Thesauri Antiqu. Rom. Tom. I.* HEIN.

3 *Vendere ac per hoc servare solent*) Non quòd hoc facere quasi ex pactione captores cogerentur; sed quia hoc suadebant commoda, quæ captivos servantem gentium item jure sequebantur; nempe διὰ τὴν ἐλπίδα τῆς πράσεως, ut est in *Basilic.* quò pertinet illud Horatii, *lib.* 1. *Ep.* 16.

Vendere cùm possis captivum, occidere noli.

Cæterum, ut ait Seneca in *Troad. v.* 333.

Lex nulla capto parcit, aut pœnam impedit.

Et Centurio Cæsarianus Scipionem alloquens apud Hirtium *de bell. Afric. Tibi*, inquit, *c.* 45. *gratias ago, quòd mihi vitam incolumitatemque belli jure capto polliceris.* Similiter Cæsar Hæduis significat, suo beneficio servatos, quos *jure belli* interficere potuisset: *l.* 7. *comm. c.* 41. Plura ejusmodi reperis apud D. Grot. *d. lib.* 1. *cap.* 4. vid. tamen eundem *d. l.* 3. *c.* 11. & 14. ubi docet, quid hic victori liceat secundùm justitiam internam. Non frustra autem jura ista in captivos servatos à gentibus introducta exemplo bellorum civilium intelligi potest, in quibus plerumque videmus captos interfectos, quia in servitutem redigi non poterant; *l. si quis* 21. §. 1. *de capt.* & *postlim.* quod & Plutarchus notavit *in vita Othon.* & Tacitus *lib.* 2. *hist. cap.* 44.

Manu capiantur) Hæc notatio si vera est, dicendum erit, hoc nomen ad res cæteras translatum esse. Nam mancipium teste Isidoro 8. *Orig.* 4. Veteribus dicebatur quicquid manu capi, subdique potest; ut homo, equus, ovis: adeoque omne, quod per æs & libram fiebat, in quo erant res mancipi, teste Varrone *in fin. lib.* 6. *de ling.* Postea receptum, ut & prædia inter res mancipi referrentur, *Ulp. tit.* 19. VINN. Mancipari veteri jure rerum mobilium non plus poterat, quàm manu capi posset, Ulpian. *fragm. Tit.* 19. §. 6. Revera ergo & *mancipium* & res *mancipi* & *mancipatio* nomen inde acceperunt, quod dominium adquireretur earum rerum, quæ manu capiebantur. HEIN.

In Lusitania aliisque Hispaniæ partibus, & 4
nonnullis aliis regionibus, quæ Turcis aut Scythis vicina sunt, vetera captivitatis & belli jura adversus Mahumetistas adhuc exercentur; qui eadem acerbitate & Christianos tractant, quos bello capiunt. Ac mos est captos servos permanere, etiamsi religionem Mahumetis ejuraverint, eo quòd servum esse non adversetur legi Divinæ; 1. *ad Corinth.* 7. 21. *Deuteron. cap.* 5. *Exod. c.* 21. *Lev. c.* 25. ubi de formis servitutis apud Hebræos, add. Bodin. 1. *de repub. c.* 5. Connan. 2. *comm.* 1. *circa fin.* Inter Christianos autem jus istud gentium de captivis non observatur, apud quos licèt res aliæ ex hostibus captæ capientibus acquiruntur, homines tamen capti servi capientium non fiunt, nec vendi possunt, aut ad operas urgeri, aliave patienda, quæ servorum sunt. Quippe Christianos lex charitatis rectius instituere debuit, quàm ut à miseris hominibus interficiendis abduci nequirent, nisi minoribus sævitiæ concessione. Atque hoc à majoribus ad posteros pridem transisse scripsit Gregoras, nec eorum fuisse proprium, qui sub Romano Imperio viverent, sed commune cum Thessalis, Illyriis, & Triballis, & Bulgaris. Et quod hac in parte Christiani, idem & Mahumetistæ inter se servant. Mansit tamen etiam inter Christianos mos captos custodiendi, donec pretio redimantur, cujus æstimatio in arbitrio victoris est, nisi certi aliquid convenerit: nam pactum

ctum semel pro redemptione pretium victor augere non potest, Guid. Pap. *quæst.* 113. Humanitas etiam docet, non ultra intendi debere, quàm deducto, ne egeat captus rebus necessariis: quandoque pactis hoc definitur, ut nunc inter milites menstruo stipendio. Jus autem captos servandi solet concedi singulis, qui ceperunt, extra personas eximiæ dignitatis: in has enim Reipub. aut ejus capiti jus dant plerarumque gentium mores, testib. Bart. & Bald. *in l. nam & Servius* 21. *de neg. gest.* Boer. *decis.* 178. Grot. *l.* 2. *de jur. bell. c.* 7. *n.* 9. Porro in hisce regionibus servos planè nullos habemus aut agnoscimus, adeo ut judicatum sit à summo Concilio, quod est Mechliniæ, etiam eos servos, qui in Hispaniam empti cum dominis suis in has partes veniunt, in libertatem proclamari posse, liberosque fieri, sive libertatem iis, quandiu hic sunt, jurisdictione defendi. In Gallia quoque servos, licèt peregrinorum, ut primùm regni fines penetraverint, eodem momento liberos fieri, exempla rerum judicatarum ostendunt. Vid. Bodin. *l. de r p.* 5. Louis Charond. *es Pandect. du Droit Franç. l.* 2. *c.* 2. Gudel. 1. *de jur. nov.* 4. Franciscum Zypæum *lib.* 3. *c.* 2. *n.* 11. *& seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 80. *num.* 2. *& seqq.* Groenevv. *de ll. abr. ad h. t.* VINN. Itaque in Belgio & Gallia & servi ipso jure liberi fiunt, eò advenientes. Ast in Germania non solùm Dominis conceditur, ut possint homines proprios vindicare, etsi eò profugerint, ubi illa servitus non sit recepta: (vid. Dan. Mevii *Consil. jurid. de statu & vindicatione hominum propr.*) verùm etiam quibusdam locis ipso jure fiunt servi, quicumque peregrini eò adveniunt, commorandi & habitandi causa, veluti in Algonia, ubi ideo sæpe auditur parœmia: *Die Lufft macht eigen*, id est, *ipse aer homines proprios facit.* Hert. *de homin. propr. Sect.* 3. §. 3. Tale & olim fuit jus Wildfangiatus in Palatinatu Electorali, & provinciis vicinis, de quo Londorp. *Act. publ. continuat. lib.* 10. *p.* 126. HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis servi constituuntur.

4. *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate, aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.*

NOTÆ.

4. *Nascuntur ex ancillis*) Ex Marcian. *lege* 5. §. *eod.* Hi vernæ prudentibus dicuntur, de quo nomine vid. Fest. & Nonium. Eodem autem jure ex ancillis nati servi sunt: quo satæ cedunt solo: mater enim solo comparatur, vis patris sato. Cujac.

Jure civili) Etsi servitus ex jure gentium originem habeat, sunt tamen modi quidam constituendæ servitutis etiam jure civili inventi; unus hic exprimitur; alios reperies apud Accurs. & Hotom.

COMMENTARIUS.

1 *Cur ad natos ex servo ventre dominium porrectum.*
2 *Quibus modis jure civili servi fiebant.*
3 *Si quis spontanea subjectione se in servitutem det.*

EX *ancillis nostris*) Non ipsi tantùm, qui capiuntur, servi fiunt; sed & posteri in perpetuum: nempe qui ex matre serva nascuntur. Et hoc est, quod Martianus dicit, jure gentium servos nostros fieri, qui ex ancillis nostris nascuntur; *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Placuit autem ad natos dominium ideo porrigi, 1
quia alioqui si summo jure captores uterentur, illi ipsi nascituri non erant. Cui consequens est, ut nati ante calamitatem, nisi & ipsi capiantur, servi non fiant. Ideo autem natos maternæ esse conditionis gentibus placuit, quia serviles concubitus nec lege nec certa custodia erant constricti, ita ut nulla sufficiens præsumptio patrem indicaret. Atque ita capiendum Ulpiani illud: *Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur*; *l. lex naturæ* 24. *hoc tit.* id est, lex consuetudinis generalis ab aliqua ratione naturali ducta: quo modo juris naturalis vox abusione quadam interdum summitur. VINN. Sed propius servitutem vernarum deduxeris è jure accessionis. Servi ex personis fiebant res mancipi, vide supr. *ad rubr.* Cujus est res, ejus & accessio. Et quidem partus sequebatur ventrem, uti in fœtura animalium. HEIN.

Jure civili) Etsi servitus est ex jure gentium; 2
sunt tamen nonnulli modi servitutis constituendæ ex jure civili. Unus hic exprimitur; sed plures fuisse constat: huc enim pertinent, qui servi pœnæ efficiebantur atrocitate sententiæ, quorum crebra in libris nostris mentio. Item qui liberti ob ingratitudinem damnati patrono in servitutem traduntur; §. 1. *inf. de cap. domin.* haud secus ac ingrati liberi vocantur in potestatem parentum, *l. un. C. de ingrat. lib.* Erat ex Senatusc. Claudiano alius li-

libertatis amittendæ modus; si libera mulier, domino denuntiante, se servo alieno junxisset, de quo *inf. l.* 3. *tit.* 13. Ulp. *in fragm. tit.* 11. ubi & alium modum indicat; cùm incensus aliquis venisset, quod explicat Cicero *pro Cæcin.* in extremo orationis, Dionys. Halic. *lib.* 4. Sigon. *lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. c.* 4. Denique etiam in nexos magna fuit creditorum potestas, nec herili admodum absimilis, adi Liv. *lib.* 2. & 8. Gell. *lib.* 20. *c.* 1. Mercer. 1. *opin.* 9. D. Salmas. *lib. de mod. us. c.* 18. & *seq.* Cur igitur servi jure civili dicuntur incogniti? Nimirum quia in iis, quæ sunt juris civilis pro nullis habentur, nullam eorum communionem habent.

Liber homo) Ingenuus scilicet & sui juris, ut rectè monet Cujac. Neque enim patroni aut patris jus hoc pacto libertus aut filius intervertere possit, quod & Aug. & Fab. hic notant.

Pretii participandi causa) Modò & partem pretii verè acceperit; *l.* 1. *quib. ad lib. proc. non lic.* Et gnarus conditionis suæ; *l.* 2. *si lib. ing. esse dic.* venditus sit ignoranti conditionem venditi; *l.* 7. §. 2. *de lib. caus.* vid. *Gloss.* & Accurs.

3 *Venundari passus sit*) Venditorem subornabant hominem improbum & has partes fabulæ lucri alicujus gratia peragentem: simulabat is se suum servum vendere. Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio, ut apud Germanos, qui novissimo aleæ jactu de servitute contendebant; *Victus voluntariam servitutem adibat*, ait Tacitus *de Morib. Germ. c.* 24. Posidonius autem Stoicus in historiis narrat, multos olim fuisse, qui suæ imbecillitatis conscii sponte se aliis in servitutem darent, ut domini quidem ipsis providerent de necessariis, ipsi verò operam vicissim, quàm possunt, præstarent. Quæ si res ita accipiatur in terminis naturalibus, nihil habet in se eximiæ acerbitatis, quoniam perpetua ista obligatio compensatur perpetua alimentorum certitudine, quam sæpe non habent qui diuturnas operas locant: unde sæpe accidit quod dixit Eubulus:

Ἐθέλει δ' ἄνευ μισθοῦ παρ' αὐτοῖς καταμένειν
Ἐπισιτίοις.

Quærunt autem hic DD. possitne quis apud nos perpetuo se obligare ad serviendum, aut operas suas locare, quæ servitutis quædam species videtur: nos autem servos non agnoscimus. Respondent omnes, posse: sed cùm facti hæc promissio sit, solvendo id quod interest, promissorem liberari; *l.* 13. §. 1. *de re jud.* Adi de tota re D. Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. c.* 5.

TEXTUS.

De libertinorum & servorum divisione.

5. *In servorum conditione nulla est differentia: in liberis autem multæ; aut enim sunt ingenui, aut libertini.*

NOTÆ.

5. *Nulla differentia*) Servorum varia quidem ministeria, una tamen conditio est; *l.* 5. *de eod.* id est, omnes æquè servi sunt, πάντες τῇ αὐτῇ δουλείᾳ δοῦλοι εἰσί; nihilque interest natus quis an factus servus sit, etsi alius alio præstat, juxta vetus proverbium, δοῦλος πρὸ δούλου, δεσπότης πρὸ δεσπότου, 1. *polit.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Liberorum nullum amplius discrimen esse.*
2 *Civium apud nos quæ distinctio.*

Nulla differentia) Servorum una conditio est, *l.* 5. *in pr. hoc tit.* οἱ δοῦλοι ἐν ἴσῳ εἰσί. Mich. Attaliata, id est, omnes æquè servi sunt, nihilque interest, utrum quis natus an factus sit servus. Planè opere & ministeriis etiam servi inter se differunt; aliis enim honestior, ut atriensibus, dispensatoribus, amanuensibus, aliis minus honesta provincia mandatur: ut mediastinis, focariis, fornicatoribus; *l.* 15. §. *itaque prætor.* 44. *de in jur*, *l.* 1. §. *caupones* 5. *naut. cap. stab.* sed hoc cùm totum sit arbitrii herilis, conditionem eorum non mutat. De variis servorum ministeriis & officiis scripsit Pet. Fab. *semestr. pag.* 155. VINN. Et ex instituto Laur. Pignorius *de servis eorumque apud veteres ministeriis*, & Tit. Popma *de operis servorum*. HEIN.

In liberis multæ) Nam primùm interest, utrum quis natus, an factus sit liber, hoc est, utrum quis ingenuus sit, an libertinus: deinde utrum qui liber factus est, civis Romanus sit, an Latinus Junianus, aut dedititius: & porro qui civis Romanus, suine juris sit, an alieno juri subjectus: deinde qui sui juris est, sitne in tutela vel curatione, an neutro eorum teneatur: quæ summa est eorum, quæ deinceps hoc primo libro tractantur. Prima autem & secunda distinctio vix ullum amplius usum habent. Nam cùm libertinorum differentia à Justiniano sublata sit, & novissimo jure liberti etiam ingenuis per omnia (salvo licèt jure patronatus) exæquati; *Nov.* 78. *c.* 1. &

& 2. nullum hodie supereſſe videtur ne inter liberos quidem diſcrimen; utique reſpectu conditionis liberæ, nam quoad civitatis & familiæ jura adhuc differunt. Et ſic temperandum exiſtimo, quod ſcribit D. Bachovius ad hunc locum. Hodie de liberis rectè dici videri, nulla in eorum conditione & ſtatu differentiam eſſe. Apud nos ſanè cùm nulli ſint ſervi, omnes ingenui dici poſſunt. Cæterum eſt generis nonnulla diſtinctio: alii enim nobiles ſunt, qui certis privilegiis atque immunitatibus gaudent, alii ignobiles ſive plebeii. Ex nobili patre nati & matre ignobili patrem ſequuntur, convenienter *l. cum legitimæ 19. hoc tit.* Chriſtin. *vol. 5. deciſ. 88. num. 12.* Sed & Comitum ac Baronum liberi ex concubinis ſuſcepti pro nobilibus habentur. Diſtinctio autem inter eccleſiaſticos & ſæculares ſive laicos poſt receptam apud nos religionem reformatam pæne tota ſublata eſt, D. Grot. *l. 1. manud. c. 14. & 15.* Sicubi adſcriptitii ſunt, ad eos manumiſſos jus *d. Nov. 78.* applicari poſſe, cenſet D. Gudelin. *l. 1. de jur. noviſſ. c. 6. in fin.* De variis hominum generibus adi Franc. Zypæum *in Jud. lib. 3. c. 2.* VINN. Sed uti in Germania homines proprii ejuſdem conditionis ſunt, ac ſervi olim, quorum meminit Tacit. *de more Germ. cap. 25.* ita & hodie nunc in manumiſsis obſervatur, quod idem Tacitus de libertis veterum Germanorum ait: *Liberti non multum ſupra ſervos ſunt.* Eadem enim fere præſtant, ac homines proprii & in eo tantùm melioris conditionis habentur; quòd non amplius ſunt glebæ adſcripti, vid. Potgieſſ. *de ſtat. & condit. ſerv. in Germ. lib. 3.* HEIN.

TITULUS QUARTUS.

DE INGENUIS.

Conc. Tit. 14. Cod. Lib. 7.

Sequitur ſubdiviſionis ſuprà poſitæ per definitionem partium explicatio; & primò ingenuorum *hoc tit.*

TEXTUS.

De ingenui definitione.

Ingenuus eſt is, qui ſtatim ut natus eſt, liber eſt; ſive ex duobus ingenuis matrimonio editus; ſive ex libertinis duobus; ſive ex altero libertino & altero ingenuo. Sed & ſi quis ex matre naſcitur libera, patre verò ſervo, ingenus nihilominus naſcitur, quemadmodum qui ex matre libera & incerto patre natus eſt: quoniam vulgo conceptus eſt. Sufficit autem liberam fuiſſe matrem eo tempore quo naſcitur, licèt ancilla conceperit. Et è contrario ſi libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum qui naſcitur liberum naſci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre eſt. Ex his illud quæſitum eſt, ſi ancilla prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea facta pepererit, liberum an ſervum pariat? Et Martianus probat liberum naſci; ſufficit enim ei, qui in utero eſt, liberam matrem vel medio tempore habuiſſe, ut liber naſcatur, quod & verum eſt.

NOTÆ.

Ingenuus) Antiqui ingenuos ſpuriis opponebant, & patricios initio appellabant, eo quòd patrem ciere poſſunt. Liv. *lib. 10. cap. 8.* Cincius apud Feſt. in voce *Patricios.* Cæterum etiam jam olim qui liberi nati erant, ingenuos dictos fuiſſe, ex Plauto in *Milit. act. 4. ſcen. 1. v. 15.* & *Pœnul. act. 5. ſc. 6. v. 8.* conſtat, & aliàs quoque Latini ingenuum vocant quod nativum eſt, quomodo Lucretius *Ingenuos fontes*, Juvenalis, *Ingenuum tophum* appellat. VINN. At neque ex Livii, neque ex Feſti loco adparet, ingenuos olim oppoſitos fuiſſe ſpuriis. Cincius apud Feſtum tantùm obſervat, patricios olim dictos etiam *ingenuos*, fortaſsis, quia genus ſuum ab urbis primordiis recenſere poterant. Apud Livium autem Decius ait, *patricium eſſe qui patrem ciere poſſit*, id verò & plebeios ingenuos poſſe, adeoque & patricios nihil eſſe, nihil ingenuus, nec jure obniti, plebeiis ſacerdotio ambientibus. HEIN.

Statim ut natus) Ingenuus propriè eſt, qui nativam habet libertatem: eum tamen etiam, qui ingenuus pronuntiatus eſt, pro ingenuo accipere debemus; quia res judicata pro veritate habetur; *l. 25. D. de ſtat. hom.*

Matre libera) Quia qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, conditionem matris ſequitur; *leg. 19. lege 24. D. de ſtat. hom.*

Quoniam vulgo conceptus) His verbis indicatur ratio, cur dicatur ex incerto patre natus.

Hotom. pro *quoniam* legendum putat, *id est*, *qui* Theoph. τυτέςιν ὁ ἀπὸ πορνείας τεχθεὶς.

Martianus probat) Ex Martiano *l. 5. §. 2. & 3. D. de stat. hom.* totus hic locus sumptus est. Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur, quod favor libertatis extorsit Paul. *lib. 2. sent. 24.* adde *l. 18. D. de stat. hom. l. 4. C. de pœn.*

COMMENTARIUS.

INgenuus est is) Prima semper quæstio esse debet de verbis, licèt de rebus potior sit, auctore Platone *in Cratylo*; & Quintilianus *in procem. lib. 8.* curam verborum, rerum vult esse solicitudinem. Antiqui ingenuos spuriis opponebant & patricios initio appellabant: quòd patrem ciere possent; ut constat ex oratione P. Decii Muris apud *Liv. lib. 10. cap. 8.* & confirmat Cincius apud Festum in voce *patricios*. Cæterum etiam eos, qui liberi nati essent, jam olim ingenuos appellatos fuisse distinctos ab iis, qui facti erant liberi, ostendit locus Plauti *in Milit. act. 4. sc. 1. v. 15.*

Quid? ea ingenua, an festuca facta è serva libera est?

Et quod respondet Palestrio;

Vah, egone ut ad te ab libertina est auderem internuncius,
Qui ingenuis satis respondere nequeas cupidis tuis?

Eodemque sensu in *Pœnulo, act. 5. sc. 6. v. 8.* Adelphasium non semen *ingenua* dicitur. Atque hic hujus vocis apud Latinos usus est etiam in aliis rebus, quæ à natura sunt, & factitiis opponuntur. Sic enim Lucretius *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat, verba Juvenalis *satyra 3. v. 18.* sunt;

Quanto præstantius esset
Numen aquæ, viridi si margine clauderet undas
Herba, nec ingenuum violarent marmora tophum?

Quo loco tophum nativum disertè *ingenuum* vocat; nec illa est translatio, contra quam existimat Britannicus. Ingenuus igitur propriè est, qui nativam habet libertatem. Cæterum quia res judicata pro veritate habetur, etiam ingenuum accipere debemus eum, qui ingenuus pronuntiatus est; *l. antepen. de stat. hom.* Sed & jura ingenuitatis habent, salvo jure patronatus, qui jus aureorum annulorum à Principe impetràverunt; *tit. de jur. aur. annul.* & plenissimam ingenuitatem, qui à Principe natalibus restituti sunt, *tit. de nat. rest.* Hodie omnes liberi ex constitutione Justiniani *Nov. 78.* ingenui sunt, ut hæc quæstio, quæ olim propter prærogativas ingenuorum magni momenti erat, hodie nullius usus sit.

Matre libera) Partus extra nuptias conceptus matris conditionem sequitur; *l. lex naturæ 24. de stat. hom. l. 3. C. sol. matr.* Patrem sequi non potest, quia nullum habere intelligitur, cùm is dumtaxat pater sit jure civili, quem nuptiæ demonstrant; *l. 6. de his qui sui vel al. jur. l. 5. de in jus voc.* Quid si natus sit ex ventre adscriptitio? Placet adscriptitium nasci; *l. de diutius 21. C. de agric. & cens. lib. 11.* In comitatu tamen Burgundiæ hoc non observatur, sed natus ex manumortua & patre libero, aut manumortuo & matre ingenua, patris conditionem, non ventris sequitur, Christin. *vol. 5. dec. 88.*

Quoniam vulgo conceptus) Ratio cur dicatur ex incerto patre natus, nimirum quia mater cum pluribus consuevit. Hoc quidem de natis ex concubina dici non potest: sed tamen nec hi patrem habere intelliguntur, quoad ea, quæ sunt juris civilis, & effecta justi matrimonii; puta patriam potestatem, familiam, jura sacrorum: *§. si adversus 22. inf. de nupt.* VINN. Immo ex concubina nati patrem, sed naturalem quidem habere intelliguntur, quia vulgo concepti. Unde S. P. in vetustis monimentis Plutarchus significare putat *sine patre filium. Quæst. Rom. p. 316.* HEIN.

Liberum nasci) *l. 5. §. 2. de stat. hom.* Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur: quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum est; Paul. *lib. 2. sent. 24.* Potest & in universum hæc ratio dari, quòd is, qui in utero est, quoties commodo ejus agitur, pro jam nato habetur; *l. 7. l. pen. d. tit.*

TEXTUS.

De servitute ac manumissione facti.

1. *Quum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, & postea manumissum esse: sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.*

NOTÆ.

Constitutum est) Plures extant hac de re constitutiones sub *tit. C. de ingenuis manum*, & eò pertinet *l. 21. §. 1. D. de capt. & postlim.*

Natalibus) Theophil. τὰ εὐγενεῖα, ingenuita-

tati, veritati, & origini ingenuitatis. Paul. *lib.* 5. *sent.* 1.

Non officere) Non inurere notam libertinæ conditionis.

COMMENTARIUS.

IN servitute) Aliud est in servitute esse, aliud servum esse: illud facti, hoc juris est. Sic aliud est in libertate esse, aliud liberum esse; aliud in possessione esse, aliud possidere; *l.* 10. §. 1. *de acq. poss.* Servus est, qui justam servitutem servit: in servitute esse dicitur, qui cùm servus non sit, pro servo habetur, ut Pamphila *in Andria* Terentii.

Natalibus) Id est, τῇ εὐγενείᾳ, ingenuitati sive nativæ conditioni, quam non vitiavit falsa servitutis opinio. Plures extant hac de re constitutiones *sub tit. Cod. de ingen. manum.* Atque huc pertinet quod Ulp. *in l. si quis* 21. §. 1. *de capt. & postl.* scribit, bello civili captos & venumdatos, posteaque manumissos, supervacuè à Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amiserunt. VINN. Quæ ratio etiam valuit in filiis venumdatis vel noxæ & postea manumissis. Cic. *pro Cæcin. c.* 33. *lib.* 1. *de orat. cap.* 40. Paul. *Rec. sent.* 11. nec non in obæratis, addictis creditori, qui libertatem recuperaverant. Quinctil. *Inst. lib.* 8. *cap.* 3. & *Decl.* 311. Nam & hi non libertini censebantur, sed ingenui. HEIN.

TITULUS QUINTUS.

DE LIBERTINIS.

Summa Tituli.

PArs altera subdivisionis, quæ ad libertinos pertinet: qui quales sint, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, & de diversa eorum qualitate, *hoc tit.* disputatur.

TEXTUS.

Definitio & origo libertinorum & manumissionis.

Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt. Manumissio autem est, de manu datio: nam quandiu aliquis in servitute est, manui & potestati suppositus est: & manumissus liberatur à domini potestate. Quæ res à jure gentium originem sumpsit: utpote cùm jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio; cùm servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus ingenuitatem invasit, secutum est beneficium manumissionis: & cùm uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera esse cœperunt: liberi; & his contrarium servi; & tertium genus libertini, qui desierant esse servi.

NOTÆ.

Libertini) Ex *l.* 6. *D. de stat. hom.* Appii Cœci temporibus & deinceps aliquamdiu libertini dicti non ipsi, qui manumittebantur, sed ingenui ex his procreati, ut scribit Sueton. *in Claud. c.* 24. postea ipsi manumissi libertini diei cœperunt, & ex his procreati, ingenui. Liberti & Libertini nomina sic differunt. Liberti nomen ad jus patronatus respicit, libertini ad personæ conditionem; *l.* 1. & *ult. D. si ingen. esse dic.* Libertus & patronus relativa sunt: libertinus & ingenuus contraria. Hotom.

Justa servitute) Id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantum, addit Theoph. καὶ ἐνθέσμου, & *legitima*, quod non placet.

De manu datio) Reponendum ex Florent. *De manu missio*, id est, *Datio libertatis*; *leg.* 4. *D. de justit. & jur.* ut brevi sermonis compendio notetur & nominis definitio & rei.

Communi nomine) Apud Ulp. in *d. l.* 4. legitur: *Uno naturali nomine*; sensus est, cùm omnes homines natura liberi essent, ut nomen rei conveniat.

Liberi) Id est *ingenui.* Partem subdivisionis in divisione collocat, quod Ulpiano, à quo hæc sumpta, familiare; *l.* 5. *D. de pact. l.* 1. §. 2. *D. de just. & jur.*

COMMENTARIUS.

LIbertini sunt) Ex Cajo in *l.* 6. *de stat. hom.* antiquitus libertinos dictos scribit esse Tranquillus *in Claud. c.* 24. non ipsos, qui manumitterentur, *sed ingenuos ex his procreatos.* Ex quo loco duo præterea colligas; nem-

nempe postea eos ipsos, qui manumitterentur libertinos dici cœpisse; & qui ex his procreati essent, ingenuos. Notant hic plerique ex Laur. Valla *lib.* 4. *c.* 1. differentiam esse inter *Libertinus* & *Libertus*; illud esse relativum ingenui; hoc patroni: id est, voce *Libertinus* designari conditionem hominis ingenuitati ex adverso oppositam; per *Libertus* autem significari privatum quemdam respectum ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur, qui manumissus est. Illud leviusculum est, quod ibidem Valla notat, *Libertinus* esse adjectivum, *Libertus* substantivum. VINN. Nec tamen id discrimen semper observaverunt veteres, veluti in *L.* 4. *de Just. & Jure*, *L.* 20. §. 4. *de bon. libert. L.* 28. *eod.* si rectè se habet textus, vid. Ducker. *de Latin. JCt. vet. p.* 378. *seq.* HEIN.

Ex justa servitute manumissi) Justa, id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantùm. Aliquando & sine manumissione dominorum servi libertatem recipiunt ex senatusconsulto aut constitutione aliqua; exempla suppeditat *tit. ff. qui sin. man. ad lib. perv. & tit. C. pro quib. c. serv. pro præm. lib. ac.* Generalius itaque definiri potuisset: libertinos esse, qui desierunt esse servi; ut in calce hujus text. ex Ulp. *l.* 4. *de just. & jur.* unde reliqua hujus loci descripta sunt.

De manu datio) Reponendum ex textu Florentino, *De manumissio*, id est, *Datio libertatis*, *d. l.* 4. *de just. & jur.* ut brevi sermonis compendio notetur definitio & nominis & rei. De manu enim est, de potestate domini, Lucan. *lib.* 1.

In manibus vestris, quantus sit Cæsar, habetis.

Ingenuitatem) Vox hæc delenda est, censeo cum Bachov. ut quæ nec in vulgatis editionibus reperitur, nec est apud Ulpian. *d. l.* 4. unde hæc sumpta; neque eam agnoscunt Hotom. Cujac. Cont. Theophil.

Communi nomine) Aliàs, *naturali nomine.* Id est, cùm omnes homines liberi essent; ut nomen rei conveniat. Plura quæ huc pertinent, notavimus sup. ad *tit. de jur. nat. gent. & civ.*

TEXTUS.
Quibus modis manumittatur.

1. *Multis autem modis manumissio procedit: aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis; aut vindicta; aut inter amicos; aut per epistolam, aut per testamentum; aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quàm ex nostris constitutionibus introducti sunt.*

NOTÆ.

Sacrosanctis Ecclesiis) Hic modus tribuendæ libertatis à Constantino introductus est; *l.* 1. & 2. *Cod. de his qui in Eccles. man.* & suffectus in locum ejus, qui olim fiebat lustrali censu. Vid. Sigon. *leg.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. c.* 14. add. *tripert. hist. l.* 1. *c.* 7. & Niceph. 7. *c.* 16.

Vindicta) Virgulam esse scribit Boet. *in Topic. Cic.* quam lictor jussu Magistratus manumittendi capiti imponebat. *Festuca* Planto dicitur in *Mil. Glor. act.* 4. *scen.* 1. *v.* 15. κάρφος Plutarcho *de sera num. vind.* Nomen ductum à Vindicio creditur Vitelliorum servo, qui cùm nobilium adolescentium conjurationem de Tarquiniis reducendis detexisset, primus hoc modo manumissus traditur. Liv. *lib.* 2. *c.* 5.

COMMENTARIUS.

Multis autem modis) Olim tres tantùm modos manumittendi fuisse, censu, vindicta, testamento, ostendit argumentatio Ciceronis *in Topic. c.* 2. ab enumeratione partium: *Si neque censu*, inquit, *neque vindicta*, *neque testamento liber factus est*, *non est liber.* Accesserunt quidem postea & alii modi; veluti per epistolam, in convivio, inter amicos; sed his modis manumissis plena libertas non conferebatur; Ulp. & Cajus *in instit.*

In sacrosanctis Ecclesiis) A Constantino constitutum est, ut in Ecclesiis, hoc est in cœtu Christianorum, veluti in comitiis Ecclesiasticis teste populo & signatore Episcopo, manumissi justam libertatem consequerentur: *tit. C. de his qui in Eccles. man.* Quod genus manumissionis suffectum esse apparet in locum ejus, quæ olim per censum fiebat; cùm servi lustrali censu in campo jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur. Vid. Sigon. *lib.* 1. *de ant. jur. civ. Rom. cap.* 14.

Vindicta) Virgulam esse scribit Boëtius *in Top. Ciceronis*, quam lictor jussu Magistratus manumittendi capiti imponebat: atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum *Festuca* Plauto dicitur *in mil. glorios. act.* 4. *sc.* 1. *v.* 15. Alii hunc modum sic dictum malunt à vindicio Vitelliorum servo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quòd conjurationem nobilium adolescentium de Tarquinis reducendis detexisset; auctore Livio *lib.* 2. *c.* 5. Tenebat dominus modò caput, modò aliud membrum servi, dicebatque; hunc hominem liberum esse volo. Fest. in verb. *manumitti*; & cum dicto eum circumagebat significans, se ei potestatem facere abeundi quo vellet.

let. Eò pertinent hæc Persii *satyr.* 5. *v.* 75.

— *Heu steriles veri, quibus una Quiritem,*
Vertigo facit.

Et paulò post; *v.* 78.

Vertrit hunc dominus, momento turbinis exit
Marcus Dama.

Pluribus hæc explicant Marcel. *ad d. satyram.* Brissonius *lib.* 5. *antiq. c.* 11. Sigonius *lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. c.* 6. fac. Gallus Neapol. *in ancib. leg.*

Inter amicos, per epistolam) Inter amicos, adhibitis quinque testibus: per epistolam, à domino & quinque testibus subscriptam; *l. un.* §. 1. & 2. *C. de Lat. lib. toll.*

Aliam ultimam voluntatem) Puta codicillos. Consulto tamen miscere videtur justos manumittendi modos cum cæteris, quia ipse differentiam sustulit.

Aliis multis modis) Quorum plerique enumerantur in *d. l. un.* §. 3. & *seqq. C. de Lat. lib. toll.* Addant curiosiores *tit. C. pro quib. c. serv. pro procem. lib. acc. ff. qui sine man. ad lib. perv. C. si manc. ita ven. ne prostit.* & *si manc. ita su. alien. l. memini* 24. *C. de episc. aud.*

Textus.

Ubi & quando manumitti potest.

2. *Servi verò à dominis semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cùm Prætor, aut Præses, aut Proconsul in balneum vel theatrum eunt.*

Notæ.

2. *Semper*) Id est, omni die, sive festo, sive profesto, sive fasto, sive nefasto, καὶ ἐν ἀπράκτῳ ἡμέρᾳ. Fabrot. in not. ad Theophil. *l.* 2. *l.* 8. *C. de Feriis.*

Commentarius.

In transitu) Cum aut lavandi, aut gestandi, aut ludorum gratia prodeunt, prætor, proconsul, legatusve Cæsaris, *l.* 7. *de man. vind.* Neque enim necesse est pro tribunali manumittere, cùm hic actus sit voluntariæ jurisdictionis, *l.* 2. *de offic. proconſ.* & præter approbationem & auctoritatem magistratus nihil desiderat.

Textus.

De libertinorum divisione sublata.

3. *Libertinorum autem status tripartitus antea fuerat: nam qui manumittebantur, modò majorem & justam libertatem consequebantur, & fiebant cives Romani: modò minorem, & Latini ex lege Junia Norbana fiebant: modò inferiorem, & fiebant ex lege Ælia Sentia dedititii. Sed quoniam dedititiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abierat: Latinorum verò nomen non frequentabatur; ideoque nostra pietas omnia augere, & in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit, & in pristinum statum reduxit. Quia & à primis urbis Romæ cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est, eadem, quam habebat manumissor; nisi quòd scilicet, libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones; per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso, Quæstore nostro antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, & omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam, alia constitutione per ejusdem Quæstoris suggestionem correximus, quæ inter Imperiales radiat sanctiones: Et omnes libertinos (nullo nec ætatis manumissi, nec domini manumittentis nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur) civitate Rom. decoravimus, multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quæ sola est in præsenti, præstari.*

Notæ.

3. *Status tripartitus*) Ulpian. *in fragm. tit.* 1. & 3. Cajus 1. *Instit. tit.* 1.

Cives Romani) Nempe qui vindicta, censu, testamento manumissi erant. Ulp. & Caj. *ubi sup.* Hos modos civiles & legitimos vocat Theoph.

Lege Junia Norbana) Qua cautum, ut ii servi, qui per epistolam aut inter amicos aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, sed eodem jure essent, quo ante bellum sociale Latini coloni, *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* ut neque connubii, neque testamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ potestatis, &c. jura habuerint. Ulp. *in fragm.* variis locis. Poterant autem multis modis jure Quiritium augeri. Ulp. *d. tit.* 3. Vinn. Quædam hic non satis accuratè traduntur. Nam primò non ante bellum tantùm sociale erant coloni Latini, sed & postea, quum jam civitas Romana cum Italis esset communicata. Spanh. *Orb. Rom. I.* 9. Deinde omnino Latinis erat jus commercii & mancipationis cum civibus, Ulp. *tit.* 19. §. 4. Unde & familiæ emp-

emptores, & testes, & libripendes esse poterant, id *tit.* 20. §. 8. Denique testari quidem non poterant, nec ex testamento capere, Ulp. *tit.* 17. §. 1. licebat tamen eis fideicommissum capere, id *tit.* 25. §. 6. HEIN.

Dedititii) Hi quoque Latini liberti fuere, sed conditione Latinorum dedititiorum, quos scil. populus Romanus post defectionem victos in deditionem acceperat. Scribit Suetonius Augustum cavisse, ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur, *c.* 40. Add. Ulp. & Caj. *ubi sup.* VINN. Dedititios etiam Latinos libertos fuisse, legere me non memini. Ejusdem potius erant conditionis ac omnes populi dedititii cujuscumque nationis. Vid. Caj. *Lib.* 1. *Inst. Tit.* 1. §. 4. Jam id moneo, non ex lege demum Junia Norbana primum libertinos quosdam Latinæ conditionis fuisse, sed ex lege etiam Ælia Sentia, eos nimirum, qui minores 30. annis testamento fuerant manumissi. Ulp. *tit.* 3. §. 3. HEIN.

Pessima conditio) Non multum distans à servientium specie, §. *ult. inf. de success. liber.*

In meliorem statum) Aliud judicium Augusto fuit, qui magni æstimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum. Suet. *c.* 40.

Simplex libertas) Cic. *pro Balb. c.* 24. Dionys. Halic. *lib.* 4. *p.* 126. ubi servium Tullium hujus instituti auctorem fuisse refert.

Ætatis manumissi) Vid. Ulpian. *tit.* 1. §. 7. Theophil. *hic.*

Decoravimus) Alii *donavimus.* Antoninus antea civitate data exæquaverat omnes ingenuos, *l.* 17. *D. de stat. hom.* Justinianus omnes libertinos, novissimè & libertinorum conditionem sustulit, data manumissis ingenuitate. *Nov.* 78. *cap.* 5.

COMMENTARIUS.

1 *Latini liberti quo jure fuerint.*
2 *Quo jure dedititii.*
3 *Antoninum exæquasse omnes ingenuos, Justinianum omnes libertinos.*

Antea fuerat) Hoc non est referendum ad tempora liberæ Reip. sed sequentia. Nam, ut auctor est Suetonius, primus Augustus, cùm servorum manumissione contaminari civitatem Romanam videret (quod & Dionys. Halicarn. *lib.* 4. conqueritur) eos multis difficultatibus à libertate justa removit: deque numero & conditione & differentia eorum, qui manumittebantur, curiosè cavit. Hinc nata lex Ælia Sentia, hinc Fusia Caninia, de quibus postea. Hinc Junia Norbana, Silano & L. Norbano Coss.

Cives Romani) Scilicet, qui censu, vindicta, testamento, non qui per epistolam, aut inter amicos manumissi erant. Ulp. & Cajus *in Inst.*

Latini in lege Norbana) Qua cautum fuit, ut 1 ii servi, qui per epistolam, aut inter amicos, aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, sed eodem jure essent, quo ante bellum sociale Latini coloni: quod significari voluit Justinianus *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* cùm ait, *Latinos libertos ad similitudinem antiquæ Latinitatis, quæ in colonias deducta est, introductos esse.* Discimus autem ex Cicerone *pro Cecinn. cap.* 34. & *pro domo sua, cap.* 30. eos qui in latinam Coloniam nomina dedissent, aut deducti, inque eam civitatem recepti essent, Romanam civitatem amisisse; & hoc quoque est, quod Boet. *in Top. Cic. cap.* 2. scribit: *Ista in Latinas Colonias profectione mediam capitis diminutionem contingere.* Quæ cùm ita sint, apparet eos neque connubii, neque testamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ potestatis, neque tutelæ recipiendæ jura habuisse, ac proinde eadem quoque conditio Latinorum libertinorum fuit: quod etiam disertè variis in locis testatur Ulpian. *in fragm.* De Latinis libertis ita scribit Justinianus §. *ult. inf. de success. libert. Eos quidem ut liberos vitam peregisse; attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amisisse; & quasi servorum, ita bona eorum jure quodammodo peculii patronos occupasse*, congruit *l.* 1. *C. Theod. de petit. hæred.* Quemadmodum autem Latini coloni multis rationibus ad civitatem Rom. pervenire poterant, quas ex Liv. Appian. Cic. *pro Cæc. pro Balb. pro dom. sua*, collegit Gruch. *lib.* 2. *de comit.* ita & Latini liberti multis modis jure Quiritium augeri, quos recenset Ulpian. *in fragm. tit.* 3.

Ex lege Ælia Sentia dedititii) Auctor hujus legis Augustus, latores Sext. Ælius & C. Sentius coss. Scribit etenim Suetonius *Aug. cap.* 40. Augustum cavisse, *ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.* Et existimare licet, libertos hosce dedititios eamdem habuisse libertatem, quam populus Rom. Latinis illis reliquerat, quos post defectionem victos & in deditionem acceptos vita quidem & imagine aliqua libertatis ex humanitate donaverat, sed ut jure connubiorum & commerciorum multati ad jus civitatis nunquam pervenire possent: ut sint hi quoque Latini liberti, sed conditione Latinorum dedititiorum; add. Ulp. Caj. *in Instit.* Formulam deditionis de-

scrip-

scripsit Livius in deditione Collatinorum & Campanorum, *l.* 1. *c.* 38. & 7. *c.* 31. Vinn. Sed vide, quæ suprà ad notas diximus. Hein.

In meliorem statum reduxit) Non deest, quod contradici posset. Certè aliud judicium Augusto fuit, qui magni existimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum: civitatemque tam parcè dabat, ut Liviæ pro tributario Gallo roganti civitatem negaverit, immunitatem obtulerit: affirmans se facilius passurum fisco detrahi aliquid, quàm civitatis Romanæ vulgari honorem. Sueton. *in August. c.* 40.

Primis cunabulis) Hoc non ita dictum accipiemus quasi jam inde ab urbe condita manumissi jus civium habuerint: sed ex quo manumissis jus civitatis communicatum est (quod factum est infante adhuc populo sub rege Servio Tullio) id diu postea observatum fuisse, mansisseque usque ad tempora Augusti, arg. eorum quæ tradit Dionys. Halic. *lib.* 4. *p.* 226. Et ergo ex illo tempore, quamdiu respub. stetit, una libertinorum omnium conditio fuit: nam omnes pari jure cives Rom. erant, & plena ac justa libertate fruebantur.

Libertinus fit) Jure novissimo & hoc sustulit, data ingenuitate, salvo tamen manente jure patronatus. *Nov.* 78.

Ætatis manumissi) Nam lege Ælia Sentia cavebatur, ut servus minor triginta annis testamento manumissus non civis fieret, sed Latinus esset; vindicta manumissus non aliter civis fieret; quàm si causa apud consilium probata fuisset, teste Ulpiano *in fragm. tit.* 1. §. 12. De censu quid hic dicam non habeo: necesse tamen est, aut hunc actum nullum fuisse, aut eum, qui inter cives census esset, civem factum. Itaque dubito, an verum sit, quod generaliter definit Theophilus, servum minorem 30. annis, quoquo modo manumissum, Latinum fieri. Vinn. De censu nihil Ulpianus, quia ejus tempore census lustralis ab usu recesserat. Nec dubium tamen, quin & censu manumissus, minor XXX. annis Latinus manserit. Eum enim non nisi triginta annorum civitate Romana potitum esse, docet *Fragmentum regularum ex vetere JCto*, quod Pariatori legum Mos. & Rom. subjici solet §. 17. Conf. V. C. Schulting. *ad Ulp. tit.* 1. §. 12. Hein.

Domini manumittentis) Augustinus 3. *emend.* legendum censet *dominii*; ut hoc non ad ætatem domini referatur, sed ad qualitatem dominii, quod & Grot. h. *in flor. spars.* probat, & Theophilum ita legisse arguunt verba paraphrasis, *περὶ τὴν δεσποτείας τ̃ ἐλευθεροῦντος.* Dominorum enim alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat: ille Latinum faciebat, hic civem. Ulp. *in fragm. tit.* 1. §. 11. Theoph. *hic.* Quæ differentia à Justiniano sublata est *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Civitate Romana decoravimus) Atqui jam multo ante omnes, qui in urbe Romana essent, ex constitutione Antonini cives Romanos effectos Ulp. prodidit *l. in orbe* 17. *de stat. hom.* Sed illa constitutio non pertinet ad eos, 3 qui conditione personæ, sed natali loco & patria impediebantur, quominus essent cives Romani. Quæ res ut planissime intelligatur, Jus civitatis Romanæ olim raro, & non nisi bene meritis civitatibus dari solitum erat. Postea lege Julia datum est sociis & Latinis omnibus, qui arma deposuerant. Id factum initio belli socialis. Sigon. *lib.* 3. *de antiq. jur. Ital. c.* 1. & 2. Gruch. *lib.* 2. *de com. Rom.* Hoc autem beneficium intra terminos Italiæ continebatur, ut docet Cic. *pro Balb. cap.* 21. Progressu temporis quibusdam etiam provincialibus data: & ad extremum omnibus, qui sub imperio Romano essent, constitutione Antonini. Antoninus ergo civitate data exæquavit omnes ingenuos: Justinianus sublata differentia manumissionis omnes libertinos: qui novissimè & libertinos exæquavit ingenuis, salvo jure patronatus. *Nov.* 78. quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere & successione libertorum, *tit. ff. de jur. patron. & aliquot seqq. lib. seq.* Sunt & tacitæ quædam manumissionis species; veluti si dominus servum suum tutorem vel hæredem scripserit, aut adoptaverit, §. 2. *inf. tit. prox.* §. 1. *inf. qui test. tut. dar.* §. *ult. inf. de adopt.* aliæque complures, quas operæ pretium non est aut recensere, aut explicare; congessit eas Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviss. c.* 4. Vinn. Addo (1.) Initio omnibus promiscuè civitatem datam, qui Romam migrabant, etiam devictis gentibus; Liv. *Lib.* 1. *cap.* 8. Cic. *pro Balbo, cap.* 12. Dionys. Halicarnass. *Lib.* 4. *p.* 226. (2.) Deinde & civitatibus quibusdam jus civitatis datum, easque vocatas esse municipia, Ez. Spanh. *orb. Rom. Ex.* 1. 8. (3.) Legem Juliam non sub initium, sed sub finem belli socialis latam anno U. C. 664. eaque non omnibus Italis civitatem datam, sed iis, qui flagrante bello sociali in fide manserant. Appian. *de* B. C. *Lib. I. p.* 379. Cic. *pro Balb. c.* 21. Vellej. Pat. *Lib.* 2. *c.* 16. Reliqui enim paulo post lege Plautia jura civitatis accepere. Cicero *pro Archia c.* 4. Præter Lucanos & Samnites, qui anno 670. civitate donati. Epit. Liv. *lib.* 84. (4.) Reliqua omnia accuratè exsequutum esse Spanh. *in orbe Rom.* Hein.

TI-

TITULUS SEXTUS.

QUI, ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

D. lib. 40. *Tit.* 9. *C. lib.* 7. *Tit.* 11.

Argumentum Tituli.

IGitur quod *ex superiore tit.* intelligi potuit, cùm varii sint manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atque effectus est, ut omnes manumissi liberi fiant & cives Romani. At enim hac manumissorum omnium exæquatione nihil derogatum est legi Æliæ Sentiæ, quæ quibusdam ex causis libertatem impediebat; sed quibus ex causis illa eam impediebat ante hanc exæquationem, ex iisdem etiam nunc obstat, quominus manumissi liberi fiant. Causæ duæ duobus hujus legis capitibus, quæ hic proponuntur & explicantur, comprehensæ; quorum primo cavetur: *Ne quis in fraudem creditorum manumittat, nisi forte servum unicum hæredis habendi gratia*; altero: *Ne minoribus* 20. *annis aliter jus sit manumittere, quàm justa causa apud consilium approbata.* Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

TEXTUS.

Prius caput Legis Æliæ Sentiæ, de manumittente in fraudem creditorum.

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet: nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

NOTÆ.

Nihil agit) Igitur ita manumissi liberi non fiunt, & additur ratio, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, id est, liberos fieri prohibet, sicut in universum quod lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l.* 5. *C. de legib.* Quòd sicubi legas libertatem revocari aut rescindi, id minus propriè dictum accipe: vid. respectu actus manumissionis, qui in suspenso est, donec constet de fraude, & an creditores suo jure uti velint. Legem hanc latam esse Augusti temporibus indicat Dio. *lib.* 55. *p.* 557. consule *Indic. leg. Rom.* Hotom. Conn. *lib.* 2. *comm. c.* 5. VINN. Bonæ frugis pleniora sunt, quæ de historia hujus Legis scripsit Henr. Noris. *ad Cenotaph. Pis. Diss.* 3. *cap.* 9. Observandum, æque hac Lege impeditam esse manumissionem in fraudem patronorum *Caj. Instit. Lib.* 1. *Tit.* 1. §. 6. *Ulpian. Tit.* 1. §. 15. Quod perperam è Legibus XII. Tab. derivat Oiselius HEIN.

COMMENTARIUS.

NIhil agit) Nempe ergo ita manumissi liberi non fiunt; & ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc est, liberos fieri prohibet, *l. in fraudem* 27. *qui & à quib. man.* sicut in universum quicquid lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l. non dubium* 5. *C. de legib.* Quamobrem cum legimus libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in *l.* 5. §. 2. *d. tit. l.* 1. *C. qui man. non poss.* hoc minus propriè dictum accipiemus, & respectu actus manumissionis, qui non continuo & ab initio ipso jure nullus est, sed suspenditur, donec constet, fraudati sint creditores, necne: & si fraudati sunt, utrum jure suo uti velint: nam si non sint fraudati, aut fraudati jure suo non utantur, actus validus est, & manumissi retro liberi facti intelliguntur: si fraudati sint & jure suo utantur, perinde habetur ac si nulla manumissio intervenisset. Quamdiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus manumissos, vi ipsa statu liberos esse, *l.* 1. *de statu lib.* Ipse autem manumissor & hæredes ejus nullo colore libertatem revocare possunt, *l.* 5. *C. de serv. pig. dat. man. fac. l.* 3. *qui & à quib. man.* His addi potest & peculiaris ratio; quòd libertas, quæ semel competit, non revocatur, §. *semel* 6. *hoc tit. leg.* 9. §. 1. *de man. vind.* Ex quibus omnibus manifestum est, errare D. Pacium, qui in notis marginalibus scribit, libertatem ipso jure non competere, sed retractari. Alia longè ratio est edicti, *quæ in fraud. cred.*

TEXTUS.

De servo instituto cum libertate.

1. *Licet autem domino, qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate hæredem instituere, ut liber fiat, hæresque ei solus & necessarius, si modo ei nemo alius ex eo testamen-*

mento hæres extiterit: aut quia nemo hæres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa hæres ei non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum, & rectè. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres extiturus non esset, vel servum suum necessarium hæredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus; aut hoc eo non faciente creditores res hæreditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.

Notæ.

1. *Hæresque ei solus*) Non tamen necesse est, solum hæredem scriptum esse, sed neminem alium hæredem existere, ne ex substitutione quidem, *leg. 57. D. de hæred. instit.*

Injuria) Positum pro *Ignominia*, nam ignominiosum bona cujusquam propter æs alienum divendi: cujus rei testis locuples Cicer. *pro Quint. cap. 15.* Igitur ratio exceptionis hæc est, ut auctionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, potius derivetur in hæredem servum.

Commentarius.

In capite legis Æliæ Sentiæ: *Ne quis in fraudem creditorum manumittat*, nominatim additur hæc exceptio: *Nisi quis unum ex servis suis testamento liberum & hæredem esse jusserit*; quod quamobrem à lege provisum sit, mox dicetur.

Hæresque ei solus) Non quòd necesse sit, solum eum hæredem scriptum esse: sed si plures scripti sunt, cæteros deficere, & neminem alium hæredem existere, ne ex secundo quidem gradu; utique libero homine substituto, *l. si is qui 57. de hær. inst.* nam si & alter servus secundo loco scriptus sit, solus primo loco scriptus hæreditatem capiet: *l. qui solvendo 60. d. tit.* Quid si duo servi eodem gradu instituti? Invicem sibi obstant. Cæterum altero ante apertas tabulas mortuo, is qui superest, liber & hæres erit, *l. 42. & seq. eod.*

Necessarius) Ita dicitur, non quia hæreditatem adire cogitur: sed quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & hæres fit, *§. 1. inf. de hær. qual. & diff.* ac proinde ipso jure, sicuti sui & necessarii hæredes, *arg. l. furiosus 63. de acq. hær.* Hoc tantùm interest, quòd Prætor suis hæredibus potestatem facit abstinendi ab hæreditate, necessariis non item, *leg. necessariis 57. d. tit. de acq. hæred.*

Valde enim prospiciendum erat) Ratio exceptionis satis justa, videlicet ut famæ defuncti parcatur, & auctionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, in hæredem servum potius derivetur, qui duplici de causa hoc æquo animo ferre debet: Primùm quia rem pretiosissimam & inæstimabilem libertatem consequitur: deinde quia quicquid post mortem patroni sui acquirit, non est obnoxium creditoribus, si bonorum separationem petierit, quam impetrare potest, si bona defuncti non attigerit, *d. §. 1. Inst. de hær. qual. & diff.* junct. *l. 1. §. ult. de separ.* Falluntur ergo qui scribunt, servum hæredem necessarium conveniri posse, si is postea ad meliorem fortunam pervenerit, exemplo eorum, qui bonis cesserunt; *§. ult. inf. de act.*

Injuria) Hoc est, ignominia, quamvis enim edicto Prætoris de infamibus non notetur: oneratur tamen existimatio ejus, & facti infamiam non effugit is, cujus bona auctioni & hastæ publicè subjiciuntur: cujus rei locupletem testem habemus Ciceronem *pro Quintio c. 15.*

Textus.

De servo instituto sine libertate.

2. *Idemque juris est, etsi sine libertate servus hæres institutus est. Quod nostra constitutio non solùm in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione, ut ex scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur: quum non sit verisimile, eum quem hæredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, & neminem sibi hæredem fore.*

Notæ.

2. *Sine libertate*) Non libertate nominatim prohibita, sed omissa, nulla facta mentione libertatis.

Nostra constitutio) *Lege pen. C. de necess. serv. hær. inst.* junct. *pr. infr. de hær. inst.*

Nova humanitatis ratione) Quia etsi ex Veteribus quoque juris auctoribus quidam hoc ipsum probaverant, numquam tamen obtinuerant; ut *d. pr. inf. de hær. inst.* Cujac.

Commentarius.

Nova *humanitatis ratione*) Primus Justinianus generaliter constituit, ut servus à domino simpliciter hæres institutus, & liber & hæres fiat: Veterum quidem, sed eorum paucorum sententiam secutus, quæ id-

idcirco antea non obtinebat, *l. pen. C. de nec. serv. hær. instit.* junct. *pr. infr. de hær. instit.*

Quum non sit verisimile) Nam qui vult consequens, ut DD. hic notant, & in *leg. 2. de jurisd.* etiam antecedens velle intelligitur, sine quo ad illud consequens perveniri non potest: eademque ratione haud dubiè & Paulus & Atilicinus; quibus jam ante hæc sententia placuit, usi sunt. Verùm hæc ratio aliis non satis idonea visa fuit, fortassis ideo, quia cùm libertas sit aliquid majus & pretiosius ipsa hæreditate, absurdum videatur per consequentiam hæreditatis datæ libertatem servo defendere, rem longè majoris momenti. Rationem enim juris non pati, ut id, quod dignius est & magis principale, à re minus digna minusque principali vires capiat, per *l. quod per manus 10. ff. de jure Codicill.* Constitutio Justiniani ad adscriptitios, sicubi sunt, trahi potest: & sic etiam si quis homini proprio, ut vocant, feudum dederit, eo ipso & libertatem ei dedisse censet D. Tulden. *in comm. hic cap. 3.* VINN. Fuere etiam, qui & libertatem datam præsumi oportere ajunt, si quis Turcam vel Paganum baptizari jubeat. Sed doctè hanc sententiam singulari dissertatione *de manumissione per baptismum* refellit celeb. Thomasius. HEIN.

TEXTUS.

Quid sit in fraudem creditorum manumittere.

3. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant: sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cùm utroque modo fraudantur creditores, id est, & consilio manumittentis, & ipsa re, eo quod bona ejus non sunt suffectura creditoribus.*

NOTÆ.

3. *In fraudem*) Descriptus hic locus est ex *l. 10. D. qui & à quib. man.*

Desiturus est solvendo esse) Species hæc sit: Sempronius, qui mille in bonis habebat, ac totidem debebat, servum in fraudem creditoris manumisit: quo facto 50. de bonis ejus decesserunt, ut jam creditores solidum consequi nequeant. Q. an impediatur libertas. R. Impediri cum Cajo *in d. leg. 10.*

Prævaluisse) Libertas non revocatur, nisi & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores reipsa fraudentur: *d. l. 10. leg. 1. C. qui man. non poss.* In fideicommissaria tamen libertate solus rei eventus spectatur; *l. 4. §. 19. in fin. D. de fideicom. lib. l. ult. C. eod.*

COMMENTARIUS.

Desiturus est solvendo esse) Descriptus hic locus est ex *l. in fraudem 10. qui & à quib. man.* Nimirum quia lex Ælia Sentia simpliciter loquitur de debitore, qui solvendo non est, quæsitum est, an lex etiam ad eum pertineat; qui datis demum libertatibus desiturus est solvendo esse, & placuit pertinere, *d. l. 10.* Ratio in promptu est, quia solvendo esse nemo intelligitur, qui solidum, quod debet, solvere non potest; *l. solvendo 114. ff. de verb. sign.* non potest autem, qui posse desiit.

Prævaluisse) Nisi hæc duo concurrant, ut & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores eventu atque re ipsa fraudentur, libertas non revocatur; *d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poss.* Quod & ipsum proculdubio ex sententia legis simpliciter loquentis acceptum est, non ratione aliqua speciali & favore libertatis, ut putat D. Wesemb. sed communi, & ad revocationem ex edicto: *Quæ in fraudem creditorum*, etiam pertinente; de quo dicemus ad §. *item si 6. infra de act.* Creditoribus igitur agentibus incumbet probare, se & eventu fraudatos esse, & manumissorem animum fraudandi habuisse. Atque hic locus erit præsumptionibus, quibus fraus aut arguitur, aut abfuisse docetur, qua de re consulantur DD. hic & in *d. §. 6.* Cæterum hæc, quæ diximus, locum habent in libertate directo testamento data: in fideicommissaria autem solus rei eventus spectatur, *l. 4. §. si in fraudem 19. in fin. de fideic. lib. l. ult. C. qui man. non poss.* An quia ubi res adhuc integra est, & ab alio servus manumittendus, facilius visum est impediri libertatem? VINN. Probant plerique hanc rationem, vid. B. Hub. Disp. *Jur. Fundam. 9. §. 10.* HEIN.

De facultatibus suis amplius sperant) Plerumque homo humani ingenii vitio rei modicus, spei immodicus est: quod accidit frequenter his, qui transmarinas negotiationes & in aliis regionibus, quàm ubi ipsi morantur, per institores exercent, *d. l. 10. qui & à quib. man.* ex quo loco apparet, quod hic traditur, etiam

etiam ad libertates inter vivos datas pertinere, non ad testamentarias dumtaxat, ut male post alios Schneid.

Textus.

Alterum caput Legis Æliæ Sentiæ de minore viginti annis.

4. *Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quàm si vindicta apud consilium, justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.*

Notæ.

4. *Domino*) *L.* 4. §. *ult.* & passim *D. De manum. vind.* Providere lex voluit, ne temere & sine certo animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

Apud Consilium) Adhibebantur in consilium Romæ 5. Senatores, & 5. Equites, in provinciis 20. recuperatores cives Rom. Ulp. *tit.* 1. §. 8. Theoph. *ibh.* In notis D. S. C. *de consilii sententia*, Grot. *in spars. Flor.* Exercere consilium non potest, cui mandata est jurisdictio; *l.* 2. *D. de off. ejus cui mand. jurisd.* unde apparet Magistratum non habuisse jus exercendi consilium vi suæ jurisdictionis, *arg. l.* 1. *pr. d. tit.* Vinn. Consilium ergo Romæ constituerunt Decemviri stlitibus judicandis; V. C. Ger. Nood. *de Jurisd. lib.* 1. *cap.* 12. In provinciis frequens mentio τῷ συμβουλίῳ, cujus & in sacris mentio fit *Act.* 25. 12. Hein.

Commentarius.

Alterum caput legis Æliæ Sentiæ fuit; *Minoribus* 20. *annis non aliter manumittere jus esto, quàm causa justa apud consilium approbata; l.* 1. *de manum. l.* 11. *& seqq. de man. vind.* Providere lex voluit, ne temere & sine certo animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

Quàm si vindicta) Legendum cum D. Hotom. ex auctoritate librorum veterum. *Quàm si dicta apud consilium justa causa manumissionis, approbata fuerit manumissio*; & ita Theoph.

Textus.

Quæ sunt justæ causæ manumissionis.

5. *Justæ autem causæ manumissionis sunt; veluti si quis patrem aut matrem, filiumve, filiamve, aut fratres sororesve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum, alumnamve, aut collectaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi causa: dum tamen intra sex menses in uxorem ducatur, nisi justa causa impediat; & servus, & qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem & septem annis manumittatur.*

Notæ.

5. *Si quis patrem*, &c.) Finge filium, cùm esset una cum parentibus naturalibus in ejusdem domini potestate, hæredem à domino institutum esse; hic filius, ut cæterarum rerum defuncti, ita & parentum suorum dominus efficitur. Justissimam autem eos manumittendi causam habet, & ita porro.

Alumnum) Quod fere in mulieribus usu venit, sed tamen in viris etiam receptum; *l.* 14. *D. de man. vind.*

Procuratoris) Plerique de procuratore ad negotia hunc locum accipiunt; Cujac. de procuratore ad judicia, ut & Fabrot. Bachovius de utroque, cui assentior.

Intra sex menses) Et exigitur prius jusjurandum; *d. l.* 13.

Justa causa impediat) Veluti si patronus Senator fiat in *l.* 23. *D. de rit. nupt.*

Decem & septem) In *d. l.* 13. est *decem & octo*. Sed illic qui attigit annum XVIII. non minor XVIII. dicitur, hoc loco non minor XVII. qui implevit XVII. Cujac.

Commentarius.

Hæc desumpta sunt ex *l. justa* 9. *l. si minor.* 11. *& aliquot seqq. de man. vind. l. matrimonii* 11. *qui & à quibus man.*

Procuratoris) Arbitror in genere hanc manumissionis causam justam fuisse, etiam si minori 20. annis speciatim opus non esset procuratore ad judicium, scilicet ut liber factus servus, tanto commodius officium procuratoris exercere tam in judicio, quàm extra judicium posset. Itaque neque Cujacio assentior, qui *lib.* 22. *obs.* 16. locum hunc accipit de procuratore ad judicium tantùm, (neque enim satis justa causa videtur, ut quis ob unam forte litem persequendam servum suum manumittat) nec DD. vulgo, qui de procuratore ad negotia dumtaxat; quasi minor 25. annis alienæ litis procurator esse neutiquam possit: quod falsum est, *l. cum mandato* 23. *de minorib.* Sanè ad defendendum minor 25. annis procurator idoneus non est; *l. minor* 51. *de*

G 2 pro-

procur. VINN. Sed quum ad id, ut quis alterius negotia extra Judicium procuret, nec libertate XVII. annorum ætate opus sit, arg. *l.* 7. §. 1. 2. *&* *l.* 8. *ff. instit. act.* magis est, ut de judiciali tantum Procuratore loqui Imperatorem, cum Cl. Voetio existimemus. HEIN.

Matrimonii habendi) Verbum *habendi* delendum esse nemo, qui modò latinè sciat, negare poterit: nec in aliis reperitur, ut neque in *l.* 20. §. 2. *hoc tit.* nec in *leg.* 13. *de man. vind.* nec Theoph. agnoscit.

TEXTUS.

De causa semel probata.

6. *Semel autem causa approbata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.*

COMMENTARIUS.

EX *l.* 9. §. 1. *de mand. vind.* Ratio est, quia lex Ælia Sentia non causam exigit nominatim, sed causæ dictionem; & hoc est, quod Marcian. ait in *l.* 9. §. 1. causæ probationi contradicendum esse, non etiam causam approbatam retractandam.

TEXTUS.

Abrogatio posterioris capitis Legis Æliæ Sentiæ.

7. *Quum ergo certus modus manumittendi minoribus* 20. *annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui* 14. *annos expleverat, licèt testamentum facere, & in eo sibi heredem instituere, legataque relinquere posset, tamen, si adhuc minor esset* 20. *annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, nam cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat; quare non similiter ei; quemadmodum alias res, ita & de servis suis in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut & libertatem eis possit præstare? Sed quum libertas inæstimabilis res sit, & propter hoc ante* 20. *ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat; ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori* 20. *annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi* 17. *annum impleverit, &* 18. *attigerit. Quum enim antiquitas hujusmodi ætati & pro aliis postulare concesserit; cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?*

NOTÆ.

7. *Libertas inæstimabilis res*) Servum tamen libertate donare non est inæstimabile domino, & alia haud dubiè ratio legis Æliæ Sentiæ fuit, & hæc nimirum, quòd servi minoribus dominis facilè blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut se manumittant, vel pro turpis alicujus obsequii remuneratione: *l.* 2. *C. si adv. lib. leg.* 16. *C. de lib. caus.*

Mediam viam) Hinc inferunt posse quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere; utique hoc facere solent prudentes, ubicumque est τάραξις, id est, perplexa quæstio, *l.* 9. *D. ut leg. nom. cau. l.* 40. *D. de hær. instit.* videndum tamen semper, quid suadeat ratio juris.

Pro aliis postulare) *Leg.* 1. *D. de postul.* Collectio tamen hæc minus bona est; adolescens ingressus annum XVIII. postulare potest, ergo & servum suum manumittere; sunt enim hæc planè diversa.

COMMENTARIUS.

NAm cui totorum) Argumentatur à majori ad minus κατασκευαστικῶς, cui quod plus est, licet, ei non debet quod minus est non licere, *l.* 21. *de reg. jur.*

Quum libertas inæstimabilis res sit) Aliam rationem legis Æliæ Sentiæ fuisse existimo, nempe quòd servi junioribus dominis facilè blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut se manumittant, *arg.* §. 4. *sup. eod.* vel pro turpis alicujus obsequii compensatione. Est quidem libertas res inæstimabilis, & ipsi vero οὐδὲν τιμιώτερον ἐλευθερίας; at servum libertate donare non est inæstimabile domino, cui longè plus est, posse aliquem hæredem instituere, prædium legare, quàm servo vilissimi pretii dare libertatem; licèt ipsi servo majus sit libertatem accepisse, quàm hæreditatem aut prædium.

Ideo nos mediam viam eligentes) Hinc inferunt, posse quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, Cujac. 17. *obs.* 21. Thesaur. *decis.* 19. Boer. *decis.* 239. Et sanè causa anceps per mediocritatem optimè dividitur, etiam Paulo teste in *l. filio* 7. *ut legat. nom. cau.* Sic cùm de dominio speciei ex aliena materia factæ dissensio inter Sabinum & Proculum esset, Cajus in *l.* 7. §. *cum quis* 7. *de acq. rer. dom.* mediam sententiam secutus est, eamque probavit Justinianus, §. *cum ex aliena* 25. *infr. de rer. div.* Et Tiberius Cæsar, cùm servus ejus Parthenius tamquam in-

ingenuus hæres scriptus esset, cum substituto Parthenii hæreditatem divisit, *l.* & *hoc* 41. *de hær. inst.* §. *ult. inf. de vulg. subst.* Videndum tamen semper est, quid suadeat ratio juris.

Nisi 17. *annum*) Jure novissimo permittitur non minus libertates, quàm res alias testamento relinquere ea ætate, qua testamentum facere permissum est; masculis nimirum anno ætatis quarto decimo, fœminis duodecimo, *Nov.* 119. *c.* 2.

Pro aliis postulare) Veteres ætatem 17. annorum idoneam rati sunt ad prodeundum in publicum & causas agendas: atque hac ætate & paulo majore fertur Nerva filius publicè de jure responsitasse, *l.* 1. §. 3. *de postul.* Est autem, si liberè philosophandum est, vitiosa hæc collectio; Adolescens annum ingressus 18. pro alio postulare potest, ergo & servum suum testamento manumittere; sunt enim hæc planè diversa. Ne pigeat in transitu discere, pueros ingenuos usque ad annum ætatis decimum sextum prætexta puerili toga usos fuisse, ingressosque annum decimum se timum puram, quæ & virilis dicitur, sumpsisse: quo ferè anno ad Oratorem aliquem deducebantur, quicum in forum descendentes annum unum patronos audiebant; quo assiduis auscultationibus confecto, causas ipsi agere, tamquam jam informati & non omnino rudes instituebant; funebres autem orationes etiam minore multo ætate habebantur: nam Augustus annum agens duodecimum pro concione aviam Juliam defunctam laudasse traditur. Sueton. *in Aug. cap.* 8. add. Car. Sigon. *l.* 3. *de judic. c.* 18. Hotom. *hic.* VINN. Immo anno ætatis XV. expleto, rogam virilem sumpsisse adolescentes, eleganter & cum adparatu demonstravit Henr. Noris. *Cenotaph. Pisan. Diss.* 2. *c.* 4. HEIN.

TITULUS SEPTIMUS.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Conc. Lib. 7. *Cod. Tit.* 3.

TEXTUS.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis, quam quasi libertates impedientem, & quodammodo invidam, tollendam esse censuimus: quum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem; morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

NOTÆ.

Lege Fusia Caninia) Lata hæc lex Augusti temporibus, ut ex Suetonio intelligimus *c.* 40. ubi & ratio legis indicatur, ne sc. concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis & sordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur: sustulit eam Just. *l. un. C. hoc tit.*

Certus modus) Certus numerus, quem in manumittendo excedere non liceret. Ulp. *tit.* 1. Caj. *lib.* 1. *tit.* 2. Paul. 4. *sent.* 14. Apud Vopiscum *Taciti cap.* 10. legimus, Tacitum Imperatorem in testamento suo intra Caniniam mansisse. VINN. Nihil de testamento Vopiscus. Videtur potius Tacitus servos urbanos inter vivos manumisisse, & quum ultra centum non liberasset, existimasse Vopiscus, eum Lege Fusia Caninia impeditum fuisse, quasi ea lex ad manumissos inter vivos pertineret. Qua in re tamen magis forsan erravit Vopiscus quàm Tacitus Imperat. HEIN.

COMMENTARIUS.

Certus modus) Id est, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat; vid. Ulp. *tit.* 1. Cajum *lib.* 2. *tit.* 1. Paul. 4. *sent.* 14. Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio *in Aug. cap.* 40. intelligimus, ne concessa libera testamento manumittendi potestate, liberris & sordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur. VINN. Conferendus locus Dionysii Halic. *lib.* 4. *p.* 228. *de libertis pileatis patroni defuncti lecticam comitantibus.* Ubi vera causa legis ea de re latæ. HEIN.

Testamento) Cur non etiam inter vivos? Nimirum quia & sine eo scopum suum lex assequitur. Nam metuendum non est, ut vivi & valentes tam profusè liberales simus, ut ea faciamus, quæ mox morituri; cùm rebus nostris jam non amplius uti nos posse credimus, liberalitatis laudem tum maximè venantes. Perti-

tinet huc insignis locus apud Dionys. Halicar. *lib. 4. p. 228.* ubi scribit: *Multos se vidisse, qui profusa honoris ambitione omnes servos suos testamento vel flagitiosissimos manumitterent, ut pileati funus sequerentur.* Atque hic fere mos est legislatorum, ut ea sola prohibeant, quæ facilè fieri posse existimant, non quæ difficulter; *l. 4. in fin. ad sen. Vell.* ubi eadem ratio redditur, cur Senatus intercessionem mulieris prohibuerit, non donationem, & videmus, quo facilius quid fieri potest, quod lex fieri non vult, eo strictius id vetari: ideo enim lex Julia fundum dotalem alienari vetat invita muliere, obligari etiam ea consentiente; *inf. quib. al. non lic. in pr.*

Totam familiam.) Id est, ut Theophil. vertit, πάντας τὺς οἰκέτας *omnes servos.* Servos enim unius domini familiam Veteres frequenter appellant, ut in *tit. si fam. furt. fec. l. 9. de jurisd. l. illud 32. in pr. ad leg. Aq. l. optio 13. de opt. leg. l. pronuntiatio 195. §. servitutum 3. de verb. sign.* atque in urbanam & rusticam dividunt, *l. Urbana 166. eod.* Alias plerasque hujus vocis significationes habes in *d. l. pronuntiatio.*

Alia causa impediat) Puta si manumissor solvendo non sit, vel minor decem & septem annis.

Morientibus adimere) Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, atque κατασκευαςική. Quatenus hæc argumentatio procedat, & contra, bene docet D. Præses Everhard. Claud. Cant. *in topic.* & Mynsf. *hic,* certè non procedit, si legis Fusiæ spectemus rationem. Quæ hæc est, quod facilius in testamento manumittimus, quàm inter vivos, *l. 4. in fin. ad Senat. Vell.*

TITULUS OCTAVUS.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Conc. D. lib. 1. Tit. 6.

TEXTUS.

Altera divisio personarum.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subjectæ sunt. Nam si cognoverimus, quænam istæ personæ sunt, simul intelligemus, quæ sui juris sunt; ac prius inspiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.

NOTÆ.

Alia divisio) Ex Cajo *l. 1. D. hoc tit.* hac divisione personæ superiore divisione secretæ iterum in unum coguntur, quia de vi & effectu dominicæ potestatis adhuc erat cognoscendum.

In potestate) Varia est hujus vocis significatio, *l. 215. D. de verb. sign.* hic summam significat, ἄκραν ἐξουσίαν, ut definit Theoph.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic ex Cajo *l. 1. hoc tit.* alia personarum divisio: sed non sine vitio. Primùm quia hæc ex summa illa, quæ *sup. tit.* 3. tradita est, non deducitur: deinde quia de servis jam ante intellectum est, eos omnes esse juris alieni, ut nihil necesse fuerit rem eamdem inculcare. Rectius fecissent Compositores, si hìc omissis servis, quorum omnium eadem conditio est, liberorum hominum differentias, sicuti instituerant, §. *ult. dict. tit.* 3. porrò persecuti essent, eosque subdivisissent in eos, qui sui, & qui alieni juris sunt, aut potius in patresfam. & filiosfam. ut Ulpian. *l. 4. hoc tit.* Excusantur tamen: quòd cùm de vi & effectu dominicæ potestatis adhuc cognoscendum erat, cæteras superiore divisione personas in unum iterum coegerint.

Simul intelligimus) Ratio ex hoc principio logico petenda: *Contrariorum cognito uno, cognoscitur & alterum.* Arist. *1. Top. 14. & 2. cap. 2.* Cicer. *in Top. & 2. de orat.* Non quòd explicata & cognita una specie generis divisi, statim accuratè cognoscamus naturam speciei oppositæ: sed quòd illa cognita, intelligimus cætera, quæ sub genere comprehensa sunt; ad species oppositas pertinere. Nam illud tantùm in universum verum est, unum oppositum alterius cognitionem juvare in eo, quatenus oppositum est: quò pertinet illud Arist. *2. Rhet. cap. 12.*

τὰ ἐναντία παράλληλα μάλιςα φαίνεται.

TEX-

Textus.

De jure gentium in servos.

1. *In potestate itaque dominorum sunt servi, quæ quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ, necisque potestatem fuisse: & quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiri.*

Commentarius.

1 Jus vitæ & necis neque omnes gentes usurpasse, neque justitia interna licere servum occidere.

1 Ex quo jure servitus est, ex eodem & dominorum in servos potestatem esse, nemo est qui ambigat. Cæterum quod hic ex Cajo *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Justinianus refert; apud omnes gentes summum illud jus vitæ & necis in servos usurpatum fuisse; de majore parte accipiendum est, deque eo, quod impunè in servos fit ex rigore juris gentium. Nam apud multos populos jus hoc usurpatum non fuisse, sed servos humaniter tractatos, ut apud Parthos, Germanos, Hispanos, ipsosque adeo Græcos, testes sunt Justin. *lib.* 41. 2. Tacit. *de morib. Germ. cap.* 26. Athenæus *lib.* 6. Bodin. 1. *de repub.* 5. Grot. 3. *de jure bell. & pac.* 14. Et agnoscunt omnes, multum distare id, quod impune in servum fit ex gentium jure, & id quod naturalis ratio fieri sinit. *Cùm in servum,* inquit Seneca 1. *de Clem.* 18. *omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune jus vetet.* Et paulo ante; *In mancipio*, ait, *cogitandum, non quantum illud impune pati possit, sed quantum tibi permittat æqui bonique natura, quæ parcere etiam captivis & pretio paratis jubet.* Et verò si natura inter homines omnes cognationem quamdam constituit; *l.* 3. *de just. & jur.* consequens est, hominem in hominem sævire, nefas esse: ac proinde alienum ab omni humanitate, quamvis servum, hominem tamen occidere, aut crudeliter tractare. Apostoli dictum est: *Domini jus & quod æquum est, servis præstate, gnari vobis quoque dominum esse in cœlo, ad Gloss.* 4. *vers.* 1. Vinn. Hæc quidem omnino rectè se habent. Sed nunquam tamen veteres Dominis permisisse puto promiscuam, servos occidendi licentiam. Ea Dominis ob jus vitæ & necis non magis competebat, quàm summo imperanti, cui jus vitæ & necis est, non tamen occidendi vel sæviendi licentia. Nec plus periculi erat ne Dominus servos suos sine ratione occidere vellet, quàm ne quis equos occidat. Servi enim erant nobilissima pars patrimonii. Hein.

Quodcumque per servum acquiritur) Hoc ut rationi juris gentium convenit; (nam qui in aliena non tantùm potestate, sed etiam dominio est, nihil proprium habere potest; de quo plenius *in* §. *item vobis* 3. *inf. per quas pers. cuiq. acq.*) ita nihil admodum iniquitatis habet; quoniam dominus vicissim ad alimenta servo præstanda obligatus est.

Textus.

De jure Civium Romanorum in servos.

2. *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quàm si alienum servum occiderit. Sed & major asperitas dominorum ejusdem Principis constitutione coercetur. Nam Antoninus consultus à quibusdam Præsidibus provinciarum de his servis, qui ad ædem sacram, vel statuam Principum confugiunt, præcepit, ut si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur; & rectè; expedit enim Reipublicæ, ne sua re quis male utatur. Cujus rescripti ad Ælium Martianum missi verba sunt hæc:* Domino„rum quidem potestatem in servo illibatam „esse oportet, nec cuiquam hominum jus „suum detrahi, sed & dominorum interest, „ne auxilium contra sævitiam, vel famem, „vel intolerabilem injuriam denegetur iis, „qui justè deprecantur. Ideoque cognosce de „querelis eorum, qui ex familia Junii Sa„bini ad sacram statuam confugerunt, &, si „vel durius habitos, quàm æquum est, vel „infami injuria affectos esse cognoveris, ve„nire jube, ita ut in potestatem domini non „revertantur. Quod si meæ constitutioni frau„dem fecerit, sciat me hoc admissum adver„sus se severius executurum.

Notæ.

2. *Sine causa*) Descripta hæc partim ex *l.* 1. §. 2. partim ex *l.* 2. *D. hoc tit.*

Non minus puniri) Hoc significat, qui servum suum sine causa occidit, tam reum esse homicidii, quàm si alienum occidisset, & teneri publico judicio legis Corneliæ de sicariis: ne-

neque enim privato judicio legis Aquiliæ lolocus est, ubi sibi quis damnum infert.

Major asperitas) Modica tantùm castigatio dominis permittitur; *l. un. C. de emend. serv.* adhibenda tamen etiam circa minores pœnas clementia; juxta illud in constitutionibus Clementis Romani, *οὐκ ἐπιτάξεις δούλῳ σου ἢ παιδίσκῃ ἐν πικρίᾳ ψυχῆς*. Grot. *ubi sup.*

Ædem sacram) Fana ethnicis pro asylis erant; Plaut. *Rudent. Act. 2. sc. 7. Virgines duæ Veneris fano sese adversus lenonis vim tuentur.* Tac. 3. *annal. cap. 60. Complebantur templa pessimis servitiorum, &c.* Sublato Paganismo idem jus ἀσυλίας templis Christianorum tributum; *tit. C. de his qui ad Eccles. confug. Nov.* 17. Hæc verba, *ad ædem sacram*, non sunt apud Ulp. Rufini *tit.* 3. nec in *d. l. 2. hoc tit.* nec Theophilus habet. Vinn. Rufini Ulpianus, quod semel monendum, Vinnio est fragmentum Ulpiani apud pariatorem legum Mos. & Rom. *tit.* 3. §. 3. Sed Licinium Rufinum hujus collationis auctorem esse nondum constat. Hein.

Statuam Principum) Statuæ quoque Principum his, qui ad eas confugissent, asylla fuerunt; *l. un. C. de his qui ad stat. princ.* Judæorum populo sex civitates constitutæ erant, quò tuto confugerent, qui ἀκουσίως sanguinem effudissent; *num.* 35. 11. *Deut.* 19. *Jos.* 20. 2. & 3.

Bonis conditionibus) Justo pretio, ut in *l. 12. D. de relig.* Et ne dominus infensus duriores conditiones adjiciat; veluti ut ne manumittantur, ut tamquam fugitivi in vinculis habeantur. Th. & *l. 25. de stat. lib.*

Expedit Reip.) Hæc sententia est apud Sosipatrum. Potest quis etiam abuti re sua, *l. 25. §. 11. D. de her. pet.* Sed tamen providendum ne privati fortunis suis abutendo noceant publico.

Dominorum interest) Alia ratio decidendi. Ne, si servi nullum sibi contra dominum sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut manus sibi inferant, aut in perniciem domini aliquid moliantur.

Severius executurum) Pro qualitate scil. delicti extra ordinem in ipsum animadversurum. Nam certa pœna hìc definita non est, Wes.

Commentarius.

1 *Etiam circa minores pœnas in servos oportere adhiberi æquitatem.*

2 *Sicariis, adulteris, raptoribus, & similium criminum reis, jus asyli dandum non esse.*

3 *Potestatem, quam dominus in re sua habet, lege civili posse restringi.*

Refert hic Justinianus ex Cajo & Ulpiano *l. 1. & l. 2. hoc tit.* Antoninum Pium modum posuisse potestati dominicæ, qua plerique immoderatè utebantur, quæ hujus potestatis moderatio ad jus naturæ, sive internam justitiam jus illud exterius retraxit.

Sine causa) Nam ex causa licet; puta si servum in facinore deprehenderit, in quo repertum etiam liberum occidere jus sit. Vinn. Veluti si Dominus servum sibi insidiantem, vel in adulterio deprehenderit *L. 53. §. 3. ff. de Leg. 1. l. 96. ff. de V. S.* juncto *§. 2. Instit. de Lege Aquil. & l. 24. ff. ad L. Jul. de adulteriis.* Hein.

Non minus puniri jubetur) Hoc est, publico judicio legis Corneliæ de sicariis non minus obnoxius est & reus homicidii, quàm si alienum servum occidisset: nam lex Cornelia non distinguit, quis homo occisus sit; *l. 1. §. 2. ad l. Corn. de sic.* Utique privatum Aquiliæ judicium locum habere non potest, cùm quis sibi damnum non alii infert.

Major asperitas) Modica autem castigatio dominis permittitur; *l. un. Cod. de emend. serv.* & tamen etiam circa pœnas minores, puta verbera; in servos adhibenda est æquitas, immo & clementia. In constitutionibus, quæ Clementi Romano adscribuntur, legimus, *οὐκ ἐπιτάξεις δούλῳ σου, ἢ παιδίσκῃ ἐν πικρίᾳ ψυχῆς. Non opprimes servum, non dominaveris ei durè*, ait lex divina de servo Hebræo, *Deuter.* 15. quod nunc prolata vi proximitatis ad omnes servos debet extendi. Et Apostolus *ad Eph.* 6. dominis imperat, *ne cum servis minaciter agant*, eo argumento, *quòd & ipsi dominum in cœlis habeant, qui ad talia qualitatum discrimina non attendat.* Sed & operæ cum modo exigendæ sunt, & valetudinis servorum humanè habenda ratio, quod ipsum præter alia spectat lex divina in Sabbati institutione: nimirum ut laboribus aliquod daretur spiramentum. C. Plin. *l. 5. epist.* 19. sic ad Paulinum scribit: *Video quàm molliter tuos habeas, quo simplicius confitebor tibi, qua indulgentia meos tractem. Est mihi semper in animo Homericum illud, πατὴρ δ' ὡς ἤπιος ἦεν*, & hoc nostrum *paterfamilias.* In qua voce & Seneca veterum humanitatem observat: *Ne illud quidem videtis*, inquit, *quàm omnem invidiam majores nostri dominis, omnem contumeliam servis detraxerint. Dominum patremfamiliæ appellaverunt; servos familiares, epist.* 47. plura hujusmodi habet Grot. *lib. 3. de jur. bel. & pac. cap.* 14.

Ad ædem sacram) Ad fana seu templa Deorum,

rum, quò confugientes aras & signa Deorum amplecti solebant, Plaut. *Mostel. Act. 5. scen. 1. & Rudent. act. 2. scen. 7.* Virg. 2. *Æneid.* eodemque & obærati adversus creditores, suspectique criminum capitalium receptabantur. *Tacit. 3. annal. c. 60.* & quia ab his locis neminem eripere fas erat; ideo ἄσυλα, dicta sunt. Sublato paganismo Imp. Christiani idem jus etiam templis Christianorum tribuerunt; *tit. C. de his qui ad Eccl. conf.* sed levioris tantùm delicti suspectos recipi voluerunt, non sicarios, adulteros, raptores, aut similium criminum reos: neque τοῖς ἀδικοῦσι, ἀλλὰ τοῖς ἀδικουμένοις, jus asyli dari, *Nov. 17. c. 7. Nov. 37.* convenienter legi Divinæ, quæ jubet homicidam ab alteri abstrahi, atque iis solùm ἄσυλα dari, qui ἀκουσίως sanguinem effuderint. *Exod. c. 21. v. 13. & seq. Num. 35. v. 6. & 11. Jos. c. 20. v. 2. & 3.* Cui etiam convenit, quod Thucydides, *lib. 4.* scribit, τοῖς ἀκουσίως ἁμαρτάνουσι κατὰ φυγὴν ἴσως τοὺς βωμούς. Jure autem canonico, remotis solis nocturnis populatoribus agrorum, & publicis latronibus, cæteri cujuscumque facinoris rei, immunitate ecclesiarum gaudent; *c. inter alia, 6. & c. fin. de immun. eccles.*

Ad statuam Principum) Statuæ etiam Principum his, qui ad eas confugissent, asyla fuere; *leg. 1. §. 1. de offic. præf. urb. l. un. eod. de his qui ad stat. princ. conf.* quæ statuarum veneratio sanè antiqua est. Meminit Livius *lib. 23. c. 10.* statuæ Ptolomæi Regis apud Cyrenas, ad quam cùm quidam Decius Magius Campanus, qui à Pœnis vinctus Carthaginem ducebatur, confugisset, manus hostium evaserit. Plura de statuis & imaginibus Principum vide apud *Brisson. 4. antiq. 11.*

Cogatur servos suos) Apud Græcos quoque servis duris habitis licebat πρᾶσιν αἰτεῖν, ad venditionem proclamare; teste Plutarcho *περὶ δεισιδαιμ.* aut certa pecunia se redimere; ut ex Plauti Casina discimus, quæ Comœdia Attica est. Simile exemplum extat in *l. ult. si à par. quis man.* de patre, qui filium, quem contra pietatem male afficiebat, manumittere cogitur.

Bonis conditionibus) Justo pretio: item ne gravis conditio venditioni à domino servis injuria apponatur; veluti, ut ne manumittantur; ut Italia exportentur; ut in vinculis semper habeantur. Theophil.

Vendere) Nemo rem suam vendere cogitur; *l. invitum 11. Cod. de contr. empt.* ac ne justo quidem pretio; *l. 9. de act. rer. am.* nisi id exigat utilitas publica, quæ hujus regulæ generalis est exceptio. Causæ impulsivæ variæ esse possunt; veluti ut tempore famis & annonæ caritatis cogantur divites & maximè negotiatores frumentum atque alia edulia justo pretio vendere; *per l. 1. §. cura 11. de off. præf. urb. l. annonam 6. de extraord. crim.* In servis hic est justa deprecatio auxilii contra sævitiam dominorum. Est & favor libertatis; *§. ult. infra de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in specie *l. 12. in fin. de religios.*

Pretium dominis daretur) Observandum etiam tunc, cùm quis ex justa causa rem suam alienare cogitur, pretium ei reddendum esse.

Expedit enim Reipub.) Est quidem unusquisque rei suæ moderator & arbiter; *l. in re mandata 21. Cod. mand.* in tantum ut etiam abuti possit; *l. sed etsi 25. §. consuluit 11. de hær. pet.* Cæterum interest Reipub. huic arbitrio modum à lege præscribi, ne privati fortunis suis abutendo, publico noceant. Accedit hìc conditio personæ, qua licèt fortuna servus, homo tamen est, & jure naturæ domino æqualis. Nimirum Reip. institutio id secum fert, ut dominium quoddam habeat superius singulorum dominio ad necessitates, aut utilitates publicas; quod Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. cap. 2.* & *in flor. sparf. ad leg. Barbarius 3. de off. Prat.* appellat dominium eminens, & in hanc sententiam egregiè disputat Plato *lib. 11. de legibus.* Hinc est, quòd Princeps etiam de bonis subditorum disponere potest, dirigendo eorum usum ad publicam seu communem utilitatem. Qua de causa etiam persæpe potestas, quam quisque dominus in re sua habet, lege civili restringitur ac terminatur.

Nec cuiquam hominum jus suum detrahi) Ratio dubitandi in hoc rescripto. Unde intelligimus, ne à Principe quidem posse cuiquam jus suum sine causa detrahi; de quo vid. Hotom. *Illustr. quæst. cap. 1.*

Sed & dominorum interest) Alia decidendi ratio præter eam, quæ supra posita est, ad ipsos dominos pertinens; ne videlicet servi, si nullum sibi contra sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut aufugiant, aut manus sibi afferant, aut in perniciem dominorum aliquid machinentur. Cæterum ex iis, quæ supra disputavimus, abunde liquet, opus non esse, ut causa coercendæ dominicæ potestatis, summo gentium jure concessæ aliunde petatur quàm ex eo, quod ratio naturalis fieri sinit, à qua longè abit absoluta illa & infinita potestas, quam pleræque gentes & cum his Romani usurparunt.

TITULUS NONUS.

DE PATRIA POTESTATE.

Lib. 8. *Cod. Tit.* 47.

Continuatio & argumentum Tituli.

SEquitur pars altera divisionis initio superioris tituli traditæ, ad eos pertinens, qui sunt in potestate patria. Potestas hæc tribus modis constituitur; justis nuptiis; legitimatione; adoptione. Nuptiæ naturalem hujus potestatis causam continent; ideoque de hoc modo primo loco quæritur: doceturque hoc titulo, quid sint nuptiæ; cujus juris sit patria potestas; qui quos in potestate habeant. De effectis hujus potestatis, quod Justinianus omisit, nonnihil nos dicemus in exegesi, §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

Summa Tituli.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus.

NOTÆ.

In potestate nostra) Ex Ulpian. in *l.* 3. *D. de his qui sui vel alieni jur.*

Justis nuptiis) Nam ex injusta conjunctione nati in potestate patris non sunt; *l.* 23. *& seq. D. de stat. hom.* §. *pen. infr. tit. seq.* Denique in hoc negotio is solus pater habetur, quem nuptiæ demonstrant; *l.* 5. *D. de in jus voc.* In notis I. N. Q. *Justis nuptiis quæsitus.* Grot.

COMMENTARIUS.

EX *justis nuptiis*) Nam, ut nuper diximus, liberi ex injusto matrimonio nati in potestate patris non sunt; *l.* 1. *de stat. hom.* adeoque nec patrem jure civili habere intelliguntur, sicut nec vulgo concepti; §. *pen. seq. tit.* Lege quidem naturæ matris conditionem sequuntur, ut scribit Jurisconsultus in *l. lex natur.* 24. *d. tit.* sed cùm fœminæ liberos in potestate non habeant; §. *fœmina* 10. *inf. de adopt.* sequitur; eos nec in potestate avi materni esse.

TEXTUS.

Definitio nuptiarum.

1. *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.*

NOTÆ.

1. *Nuptiæ*) Sic dictæ à nubendo, quòd olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant. Fest. Non. & alii.

Conjunctio) Consensu suscepta: nuptias enim non concubitus, sed consensus facit; *l.* 30. *de reg. Jur. l.* 15. *D. de cond. & dem.*

Individuam, &c.) Modestin. *l.* 1. *D. de rit. nupt. consortium omnis vitæ*, quo significatur non tantùm domestica societas, sed etiam indivisus & promiscuus rerum omnium inter conjuges usus, rerum & corporum communicatio. Duar. *c.* 1. *de nupt.* Vera tamen inter conjuges non est bonorum societas.

Continens) Nempe voto & proposito contrahentium: nam eventus non semper respondet proposito.

COMMENTARIUS.

1 *Ad perficiendas nuptias præter legitimum contrahentium consensum nihil desiderari.*
2 *Non licet plures uxores eodem tempore habere.*
3 *Quo sensu nuptiæ dicantur individua consuetudo, & quæ gentes in ea perpetuò perstiterint.*
4 *Quid vitæ consuetudine significetur.*
5 *De sponsalibus quædam notatu digna.*

NUptiæ *sive matrimonium*) Promiscuè fere vocabula (*nuptiæ & matrimonium*) usurpantur. Sæpe tamen nuptias cùm dicimus, intelligimus festivitatem & celebritatem nuptialis diei, *ut in l. pen. de donat. int. vir. & ux. l. sancimus* 24. *C. de nupt.* sicut & apud Græcos γάμος accipitur, *Joan. c.* 2. Illud translatitium est nuptias à *nubendo* dictas esse, eo quòd olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant; idque Festus, Nonius & alii complures notant. Seneca in *Octavia*, de Poppæa Neroni nubente *v.* 702.

Velata summum flammeo tenui caput.

Conjunctio) Hoc generis loco ponitur: & simul causam efficientem denotat, nempe consen-

sensum, qui ut rerum, ita & vitæ societatem efficit. Est quidem principalis matrimonii finis sobolis procreatio, quam sine corporum conjunctione habere non possumus; unde etiam inter eas personas, quæ ad eam rem inhabiles sunt, nuptiæ non consistunt *l. si servus, 39. §. 1. de jur. dot.* sed ad vinculum matrimonii consensu stabilitum nihil adjicit, juxta tritum illud: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*; *l. pen. de don. int. vir. & ux. l. 15. de cond. & dem. l. nuptias 30. de reg. jur.* Sunt qui ad implendas nuptias jure Romano necessariam fuisse existimant solemnem illam deductionem mulieris in domum mariti, quæ veteribus usurpata fuit, aut nuptiarum festivitatem, per *l. 5. de rit. nupt. l. 15. de cond. & dem. l. 6. C. de donat. ante nupt. l. sancimus 24. C. de nup.* Sed verius est, neutrum eorum ut necessarium desiderari; ut intelligere licet ex responso Scævolæ *l. pen. de don. int. vir. & ux.* & rescripto Theodosii *l. si donationum 22. C. de nupt.* nec admodum difficile est ad superiores locos respondere. Nam in *l. 5. de rit. nupt.* Jurisconsultus non docet, quomodo nuptiæ contrahantur, sed rationem ac formam tantùm deductionis demonstrat. Quod autem Ulpian. in *l. 15. de cond. & dem.* ait, conditionem nuptiarum tunc impletam esse, cùm uxor ducta est: & Justinian. *l. sancimus 24. C. de nupt.* conditionem nuptiarum non aliter impleri, quàm si ipsa nuptiarum accedat festivitas; ex mente extraneorum sumptum est, qui cùm nuptias alicujus futuras nominant, ad solemnitatem & celebritatem nuptiarum cogitationem referre solent. Sed & in re ambigua hoc ritu consensus declaratur, & nuptiæ ex deductione, aut festivitate intelliguntur perfectæ; quod tantùm ostendere voluit Imp. in *d. l. 6. C. de donat. ante nupt.* Qui priscorum ritus in nuptiis adhiberi solitos nosse cupit, legat Brisson. *lib. singul. de rit. nupt.* VINN. Consensus faciebat nuptias. Sed in manum non conveniebat Uxor, nisi adhibito solemni nuptiarum ritu, veluti confarreatione, coemptione, usu. Denique & domum deductione opus erat, quoties non de voluntate ipsorum contrahentium, sed de explenda voluntate aut legislatoris, aut tertii cujusdam quærebatur, quales casus sunt in *l. 5. ff. de R. N. l. 15. ff. de Condit. & dem. l. 24. C. de nupt.* apud Paul. *Rec. sentent. 11. 19. §. pen.* nec non in *l. 6. C. Theod. de tiron.* ubi vide Jac. Gothofr. *in Comment. Tom. 11. p. 377.* HEIN.

Viri & mulieris) Nam duorum ejusdem sexus conjunctio detestanda est, & lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. Ait, mulieris, *ἑνὸς*, ad excludendam polygamiam, id est, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam successivè plures uxores habere, aut quod idem est, matrimonio per mortem alterius soluto, aliam ducere, prohibitum non est; quod tamen & 2
ipsum species est *πολυγαμίας*. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere; quod & aliarum quoque gentium moribus improbatum fuisse ostendimus *tit. seq. §. affinitatis 6.* idque divinæ simul ac naturali legi convenienter: quia etsi non adversetur primis principiis, adversatur tamen conclusionibus juris naturalis: quod ego paucis, sed firmis rationibus confirmabo. Legi di[redacted]titutioni matrimonii con[redacted] esse polygamiam, evincitur primùm [redacted] *Matt. 19. 8.* Nam argu[redacted] nisi hanc majorem [redacted] nio [redacted] in [redacted] duo t[redacted]unt in carnem unam, *Genes. 2.* [redacted] matri[redacted] ratione & ex [redacted] licentiam poly[redacted] *seq.* ut bene [redacted] Joann. Coccejus in [redacted] 18. [redacted]tur, quòd Hebr[redacted] Junius & Tremellius fi[redacted] rationibus [redacted] ex phrasi [redacted] nialia præcepta in novo Testamento abrogata fuerint, quæcumque Apostoli præcepta tradidere, moralia esse constat, cùm in politia, tum in œconomia, & à singulis observanda: Atqui *1. Cor. 7. 2.* monogamia præcipitur iis, qui matrimonium expetunt: non potest enim, quod vult Apostolus, unaquæque mulier suum proprium virum habere, si communem cum aliis in polygamia habeat. Quod autem morale est, id à singulis observandum, & perpetui juris est; adeoque & in veteri Testamento obtinuit. Denique videmus primam institutionem conjugii sic exponi à Christo & Apostolo, ut duo solummodo in unam carnem coalescere censeantur, *Matth. 19. 5.* & *1. Cor. 6. 16.* nec ante Lamechum Cainici generis hominem quemquam legimus plures simul uxores duxisse: ex quo intelligimus polygamiam sicut & reliquas corruptelas paulatim irrepsisse.

Quorsum enim aliàs hoc in Lamecho expresſè notaſſet Moſes? *Geneſ.* 4. *v.* 19. Sed & communis ratio polygamiam damnat, primùm quia mutuum conjugum amorem, quem ſingulates nuptiæ fovent, dividit: deinde quia fidem violat, qua alter alteri ſeſe perpetua conſnetudinis vitæ obligatione tradit, & corpus ſuum mancipat: unde merito Chriſtus pronuntiat eum mœchari, qui vinculo prioris matrimonii non ſoluto, aliam uxorem ducit, *Matt.* 19. 9. Cui convenit illud Tertull. 4. *adverſ. Marc. manente matrimonio nubere adulterium eſt.* Poſtremò & ratio ſocietatis exigit, ut que madmodum uxor uni viro, ita viciſsim vir uni uxori obſtringatur & adhæreat, ut diſputat Grot. 1. *manud.* 3. quamquam aliò abit *l.* 2. *de jure bell. cap.* 5. [redacted] *Deut.* 21. [redacted] gat.

3 *Individuam*) Verbum hoc, *individuum*, duobus modis accipitur: uno modo pro eo, quod commune adhuc eſt atque indiviſum, quo ſenſu individua hæreditas dicitur à Modeſtino *l. fine* 32. §. *Lucius* 6. *de adm. tut.* & à Paulo individuum curæ officium; *l. Lucius* 46. §. 1. *eod.* Altero modo pro eo, quod dividi non poteſt, ut cùm ſervitutes, obligationes, ſtipulationes individuas dicimus. Atque utraque ſignificatio huic loco convenit: prima quidem ſimpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patebit; altera ſecundùm quid, videlicet reſpectu aliarum conjunctionum & ſocietatum, quæ facilè dividi, hoc eſt, ſeparari, & pro arbitrio unius diſſolvi poſſunt. Neque enim nuptiis paſſim renunciare licet; adeoque Imp. Chriſtiani non niſi ex graviſsimis cauſis divortia admittunt *l.* 8. *C. de Repud. Nov.* 117. *c.* 8. & 9.

Dici etiam poteſt, conjugale vinculum ex propoſito & voto contrahentium perpetuum atque individuum eſſe, licèt ex accidenti aliquando contingat ſeparatio, quod in definitione conſiderandum non fuit. Quòd ſi hæc res ad primam matrimonii inſtitutionem, & ad eam, quam hic Deus ſibi partem vindicat, exigatur, multo juſtius hæc conjunctio dicetur individua. Nam, ut Chriſtus nos docet, initio conjugium ſic à Deo inſtitutum non eſt, ut indiſſolubile eſſet. Et Deus interveniens perſonas conjungit. Quod autem Deus conjungit, homo ſeparare non debet, *Matt.* 19. quo etiam loco, & *Matt.* 5. prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex cauſa aut æqualis atrocitatis aut adulterii ſunt. In illa autem, quam dixi, perpetua atque individua vitæ conſuetudine Germanos præſtitiſſe ſcribit Tacitus *de morib. Germ. c.* 18. Apud Romanos quoque à condita urbe uſque ad annum 520. nullum inter virum & uxorem divortium interceſsiſſe, teſtes ſunt Dionyſ. Halic. *lib.* 2. Val. Max. *lib.* 2. *cap.* 1. Gell. *lib.* 4. *c.* 3. Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem ſterilitatis cauſa dimiſit, ut iidem teſtantur. Procedente tempore divortia paſsim & ſine ulla cauſæ redditione permiſſa, ſed viris dumtaxat; ut arguit locus Plauti *in Mercat. act.* 4. *ſen.* 6. Tandem etiam uxoribus, ut conſtat ex *tit. de divort. & repud.* Juvenalis *ſatyr.* 6. notat mulierem, quæ crebro divertendo, intra quinquennium octies viros permutaverat. VINN. Sed hæc ipſa divortiorum licentia apud Romanos argumento eſt, in definitione hac *individuam vitæ conſuetudinem* non opponi divortiis, ſed ſeparatæ œconomiæ conjugum. Eorum enim erat communes habere penates, communem thalamum: & hinc Uxor domum ducenda. Eodem ergo ſenſu individua dicitur vitæ conſuetudo inter Conjuges, quo amici dicuntur eſſe comites individui. Vid. Tacit. *Ann. lib.* 6. *cap.* 10. Et ſic egregiè hæc difinitio congruit alteri Modeſtini *in lib.* 1. *ff. de ritu nuptiarum.* HEIN.

Individuam vitæ conſuetudinem continens) Adjunctum proprium, atque ex parte finis. His 4
autem verbis exiſtimo Juſtinianum ſignificare non tantùm domeſticam ſocietatem & converſationem, ſed etiam rerum quamdam communionem & indiviſum rerum omnium inter conjuges uſum, in ſumma rerum & corporum communicatione, συμβίωσιν & συνοίας κοίτης. Atque hanc interpretationem adjuvat Modeſtinus *l.* 1. *de rit. nupt.* cùm ait. *Nuptiæ ſunt conjunctio maris & fœminæ, conſortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio.* Nulla enim res

res est, sive divini, sive humani juris, quam conjux cum conjuge non communicet, cujusque inter eos salva honestate jugii promiscuus usus esse non debeat. Unde Gordianus Imp. uxorem dicit suscipi *sociam divinæ & humanæ domus*; *l.* 4. *Cod. de crim. exp. hær.* Quamquam fortasse Modestinus & Gordianus, cùm ita loquuntur, aliò respiciunt, nempe ad sacra Paganorum, quæ domi sibi quisque & familiæ suæ habebat, quorum uxor fiebat socia. Meminit horum sacrorum Cic. 2. *de legib.* Plaut. *in Captiv.* Plin. *in Paneg.* add. Duar. *int. solut. matrim. de nupt.* Male nonnulli hæc definitionis verba referunt ad communionem bonorum: nam vera bonorum societas, qualis in his regionibus, inter virum & uxorem nulla est, neque jure civili, neque jure canonico. Peck. *de testam. conj.* 2. *cap.* 1. Covaruv. *de matr. p.* 2. *c.* 7. §. 1. Crassan *ad consuetud. Burgund. rubr.* 4. *n.* 4. & 16. novissimè D. Lambert. Goris *advers. jur. tract.* 1. *cap.* 1.

5 Nuptias honestatis causa præcedere solent sponsalia, ita dicta à spondendo, quia moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi uxores futuras; *l.* 2. *de sponsal.* Gell. *lib.* 4. *c.* 4. unde etiam sponsi sponsæque appellatio nata est; *l.* 3. *eod.* Sunt autem sponsalia, ut Florentinus definit, mentio & promissio futurarum nuptiarum; *l.* 1. *eod.* Ait, *futurarum nuptiarum*; siquidem unum tantùm genus est sponsaliorum, mutua scilicet promissio de futuris nuptiis: quamvis enim jus canonicum duo genera constituat, unum eorum, quæ de futuro appellant, alterum, quæ de præsenti, *c. pen.* & *ult. x. eod.* hanc tamen distinctionem Auctores juris civilis non agnoscunt, quibus sponsalia de præsenti sunt ipsum matrimonium jam mutuo consensu contractum; *l. nuptias* 30. *de reg. jur.* Sed neque juris canonici interp. per sponsalia de præsenti, quæ vocant, negant contrahi matrimonium: sed tantùm respectu matrimonii per conjunctionem corporum consummati, hæc etiam sponsalia ab iis dicuntur; Panor. *d. c. pen. n.* 2. Covar. *de spons. p.* 1. *c.* 1. *n.* 6. & *in c. omnis res* 4. *c. cum initiatur* 5. *c. conjuges* 6. *c. conjunx.* 9. *c.* 27. *q.* 2. Sponsus & sponsa de præsenti vocantur vir & uxor, ita tamen ut post copulam hæc sponsalia de præsenti indissolubilia sint quacumque potestate quoad vinculum: si verò conjunctio corporum nondum intervenerit, dissolvi possint Religionis monasticæ professione *c.* 2. & 7. *de convers. conjug.* Nostrates quoque uxorem ab sponsa hoc solo distinguunt, quòd uxor post nuptialem benedictionem & conjunctionem thori dicatur, antea appelletur sponsa. Sponsaliorum de futuro hic effectus erat jure canonum, quòd in matrimonium transirent per subsequentem corporum commixtionem inter sponsum & sponsam, *c. conveniens* 15. *cap. is qui fidem* 30. *x. de sponsal.* quamvis canones isti decreto Concilii Tridentini abrogati sunt; *sess.* 24. *c.* 1. §. *qui aliter de reform. matr.*

TEXTUS.

Qui habent in potestate.

2. *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*

NOTÆ.

2. *Proprium civium Rom.*) Lege Romuli primùm introductum, repetitum postea & confirmatum à Decemviris. Dionys. Halic. *lib.* 2. *p.* 96. *sequ.*

Talem potestatem) Significat etiam alias gentes habere in liberos potestatem, sed dissimilem, nempe patria potestas indefinitè considerata originem ex jure naturæ trahit. Plin. *in panegyr. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit*, ut etiam Arist. 1. *polit.* 8.

Qualem nos) Immensam & planè δεσποτικὴν, quæ continebat jus vitæ & necis, vid. Halic. *ubi sup. l.* 11. *D. lib. & posthum. l. ult. C. h. t.* Sigon. *lib.* 1. *de jur. ant. civ. Rom.* 10. quam alii ut tyrannicam repudiant, teste Simplic. ad Epicteti *Enchirid. c.* 37. Simile patrium jus apud Persas ut tyrannicum accusat Aristot. 8. *Nichomac. c.* 12. Et procedente tempore etiam apud Romanos jura patriæ potestatis multum imminuta. VINN. Vel ideo rectè negat Justinianus ullos alios homines talem in liberos habere potestatem, qualem habebant Romani, quia patria Potestas revera erat Quiritarium dominium. Unde liberi ratione patris non erant personæ, sed res mancipi, quæ venumdari, mancipari, vindicari, immo & ob justam causam occidi poterat. Vid. celeb. Bynkershoek *de jur. occ. lib. c.* 1. HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu patria potestas dicatur propria civium Rom.*
2 *Jus patriæ potestatis par herili initio fuisse, sed sensim multis modis imminutum.*
3 *In his regionibus vetera patriæ potestatis jura ignorari.*

CErtum, est, Justinianum hoc loco distinguere voluisse patriam potestatem à domi-

minica, idque à causa efficiente. Nam §. 1. *praeced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium: hic patriam dicit esse propriam civium Rom.
1 sive juris civilis. Videamus, quàm rectè Juris civilis esse dicuntur non solùm quae sunt juris merè positivi, sed etiam ea, quae mixti juris sunt, & secundùm quid tantùm civilis: quatenus scilicet cùm alioqui originem ex jure naturae aut gentium habeant; lex civilis certam eis formam dedit, novisque qualitatibus induta civium ea propria fecit, exclusis ab eorum communione peregrinis: quod pluribus docemus, & exemplis declaramus, §. 1. *sup. de jure nat. gen.* Inter ea, quae mixti juris sunt, numeranda est patria potestas, nam origo ejus non ex alio jure, quàm ex quo matrimonium, quae prima & antiquissima paterni imperii causa est; nimirum marito ut capiti familiae naturae lege atque ordine competit imperium in omnem familiam, in uxorem, in liberos, in servos; quamvis non eod. imperii genere omnibus imperet. Nam, ut rectè & naturali ratione convenienter docet Arist. 1. *pol. c.* 1. & 8. *Ethic.* 12. neque maritus uxorem, neque pater liberos servili imperio regere debet; sed uxorem πολιτικῶς, ut in Optimatum Republ. Magistratus cives suos: liberos autem βασιλικῶς, ut Rex subditos; quos ut Rex amat, & ut ad eorum utilitatem omnia dirigit, ita & liberos ex se genitos amat pater, curam eorum gerit, iisque prodesse omnibus modis studet. Itaque patria potestas simpliciter & in genere considerata juris gentium est, adeoque dominica antiquior, & tanto antiquior, quanto matrimonium antiquius est bellis, & servitutibus. Vis & lex naturae semper in ditione parentum esse liberos jussit, ait Plinius in *Paneg. Trajan.* At considerata in specie & definitè secundùm leges & mores Romanorum, civilis est: & hoc sensu rectè opponitur potestati dominicae, quae meri est juris gentium; §. 1. *supr. praec. tit.* Ac tametsi Antoninus modum dominicae potestati posuit, non ideo tamen ea facta est juris civilis sive civium Rom. propria, ut falsò existimant Mynf. Schneid. Wes. *ad* §. 2. *praec. tit.* quippe cùm & peregrini idem semper jus habuerint: sed res tantùm revocata est ad rationem juris gentium primaevi. Vid. quae notamus sub *d.* §. 1. & 2. Esse autem hanc etiam mentem Justiniani, verba hujus §. non obscurè ostendunt. Nam hoc ipso quod ait, nullos alios homines *talem potestatem in liberos habere, qualem cives Romani habent*; satis significat, etiam alios homines habere potestatem in liberos, quamvis talem fortassis nulli habeant. Utique qui formas vivendi Graeciae civitatibus condiderunt, certum voluerunt esse modum patriae potestatis ac finem; ut nimirum patribus tantummodo liceret liberos modicè castigare: qua via si nihil proficerent; ultimum erat, ut eos abdicarent, id est, nudos re omni domo expellerent: quae abdicatio ἀποκήρυξις dicebatur, *lib.* 6. *C. hoc tit.* Eam autem potestatem alii annis terminabant, alii matrimonio, nonnulli publica in viros adscriptione; teste Dionys. Halicarn. *lib.* 2. *p.* 69. At Romanorum in liberos potestas neque finem habuit, neque modum. Non finem, quia in omne vitae filii tempus producta fuit, etiamsi summos honores gessisset, & laudem singularis erga Rempublic. studii consecutus esset. Non modum, quia immensa fuit & planè δεσποτική. Nam primùm ex lege Romuli, repetita, postea & confirmata à Decem viris filiusfam. in patris sui manu, potestate, mancipioque erat, habebatque pater jus in eum vitae & necis, terque venumdandi potestatem, in quo majus etiam jus patris, quàm domini fuit; auctore eodem Dionys. *d. lib.* 2. *fac. l. in fuis* 11. *de lib. & posthum. l. ult. C. de pat. pot.* Quo tamen loco lapsus est in eo Constantinus, quod scribit, non licuisse patri filio eripere libertatem: nisi sic eum excusari placeat, quòd jus vendendi citius exoleverit quàm vitae & necis. Equidem plus hac in re tribuendum existimo testimonio accuratissimi antiquitatum Romanarum Scriptoris, qui Augusti temporibus floruit, quàm Byzantini. Quod verò *Ulp. in l.* 8. *de his qui sui vel alien. jur.* scribit, jus potestatis moribus receptum esse: id tantùm, ut ego existimo, verum est respectu quorumdam effectuum, qui moribus vel introducti sunt, ut substitutio pupillaris; *l.* 2. *de vul. & pup.* aut in imaginarios conversi, ut venumdandi potestas. Praeterea quemadmodum servus domino, ita filius omnia acquirebat patri; ut scribit idem auctor *lib.* 8. Sed jus illud vitae & necis, vendendi, alienandi, mancipandi potestas, utpote à ratione juris naturae, atque à pietate, in qua patris imperium consistere debet, *l.* 5. *de leg. Pomp. de parricid.* nimis longè recedens, meritò postea displicuit, permissumque dumtaxat patri privatim filium castigare & corrigere: si verò quid tale filius admisisset, quod graviorem animadversionem desideraret, ad Magistratum rem deferri leges voluerunt; *l.* 3 *C. de pat. pot. l. un. C. de emend. prop. l.* 2. *ad leg. Corn. de sicar.* Ita paulatim asperi & duri Romanorum mores mitigari coeperunt Graecorum condimentis, ut videtur; à quibus cùm bonarum literarum disciplinas accepissent, ad hanc

hanc sunt mansuetudinem morum facilitatemque revocati. Sed & jus acquirendi per filium multis modis imminutum est, de quo dicemus *inf. tit. per quas pers. cuiq. acq.* Alia quoque pleraque patriæ potestatis effecta procedente tempore multum imminuta sunt, ut suis locis indicabimus. Nobis verò vetusta potestatis patriæ jura plane incognita sunt, ac propterea apud nos effecta ejus omnia cessant, testibus D.Grot. 1. *manud.* 6. D.Gudelin. *lib.* 1. *de jure noviss. cap.* 14. Et sanè non difficile est id per inductionem demonstrare. Singula singulis notabimus locis. VINN. Non lapsus videtur Constantinus M. *l.ult. C. de patr.pot.* dum negat *licuisse patri filio eripere libertatem.* Libertatem enim pro ingenuitate accipit: sensusque est, quamvis parentes in servitutem vendiderunt liberos, non tamen iis ereptam esse ingenuitatem, si quidem manumissi non libertini fuerint facti, sed ingenui. Vide, quæ supra notavimus ad §. 1. *Inst. de ingen.* Libertatem autem veteres sæpè pro ingenuitate dixisse vel ex *l.*4. *ff. de Just. & jur.* adparet, ubi *tria genera hominum* referunt, *LIBERI*, *& his contrarium SERVI, & tertium genus LIBERTI.* HEIN.

Textus.
Qui sunt in potestate.

3. *Qui igitur ex te & uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo & uxore ejus nascitur, id est, nepos tuus & neptis, æquè in tua sunt potestate; & pronepos & proneptis, & deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt; sed in patris eorum.*

Commentarius.

Qui ex filio tuo) *L.* 4. *de his qui sui vel al. jur.* Ratio perspicua est. Quia in familia avi paterni nascitur: omnes autem, qui sunt ejusdem familiæ, subjecti sunt familiæ principi, qui hic est filii pater: & qui est in potestate alterius, alium in sua potestate habere non potest; *l. sic eveniet* 21. *ad l. Jul. de adult. & ita deinceps l.* 5. *D. de his q. sui v. alien. jur.*

Qui autem ex filia tua) Nati ex filia mea, non in mea, sed in patris sui potestate & familia sunt, *l. cum legitimæ* 19. *de stat. hom. l. familiæ* 196. §. 1. *de verb. sign.* Unde quia mulier familiam suam non propagat, familiæ suæ finis dicitur; *l. pronuntiatio* 195. §. *ult. d. tit.* At, inquis, cùm nuptiis filiæfam. non solvatur jus patriæ potestatis, §. 2. *inf. de senat. Tertyll. l.* 2. §. 1. *l. quoties* 29. *solut. matr. l.* 1. §. *ult. de injur. cum similib.* cur non etiam is, qui ex filia mea nascitur, æquè est in potestate mea, sed in potestate patris sui? Respondeo, id fieri & civili ratione, *d. l. cum legitimæ* 19. & naturali, sive potius juris gentium, argumento eorum, quæ ante diximus de jure ejus, qui caput est familiæ. Adeoque pater elocando filiam, hactenus juri suo cedere intelligitur, sicut & plerisque aliis in rebus, de quibus alibi dicendi dabitur locus. Jure antiquo uxor, quæ in manum viri convenerat usu aut coemptione, in familiam & potestatem viri transibat: eratque ei filiæ loco, & jura suorum hæredum in familia nanciscebatur; matremque familias appellabant, cùm aliæ uxores tantùm essent, & matronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu, si filiafamilias nupta in manum viri convenisset, in totum solvebatur Jure & potestate patris. Si quis est antiquitatis studiosior, is Hotoman. adeat, qui quicquid ad accuratam hujus rei cognitionem pertinet, ex Cic. *in Topic. cap.* 3. & Boet. *ibid.* Dionys. Halicarn. *lib. ant.* 2. *p.*95. Gell. *lib.* 18. *cap.* 6. Ulp. *in fragm. tit.* 9. diligenter collegit.

TITULUS DECIMUS.
DE NUPTIIS.

D. Lib. 23. *Tit.* 2. *C. Lib.* 5. *Tit.* 4. *Novell.* 74.

Ratio ordinis & Argumentum Tituli.

Etsi superiore Titulo de Nuptiis dici cœptum est, ut primo & præcipuo modo constituendæ patriæ potestatis: tamen cùm ex iis, quæ ibi dicta sunt, nondum intelligamus, quæ sint justæ nuptiæ, ex quibus nati demum sunt in potestate patris; ideo ejus rei tractatio hoc loco subjicitur, doceturque; ad justas nuptias quæ res exigantur, quæ perso-

ſonæ quibus matrimonio jungi non poſſint, qua pœna afficiantur qui adverſus præcepta legum coeunt. Ad extremum & alius conſtituendæ patriæ poteſtatis modus explicatur, quem *Legitimationem* nunc vulgo appellamus.

TEXTUS.

Qui poſſunt nuptias contrahere.

Juſtas autem nuptias inter ſe cives Romani contrahunt, qui ſecundùm præcepta legum coeunt, maſculi quidem puberes, fœminæ autem viri potentes; ſive patres familiarum ſint, ſive filii familiarum; dum tamen, ſi filiifamiliarum ſint, conſenſum habeant parentum, quorum in poteſtate ſunt: nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis ratio ſuadet in tantùm, ut juſſus parentis præcedere debeat. Unde quæſitum eſt: an furioſi filia nubere, aut furioſi filius uxorem ducere poſſit. Quumque ſuper filio variabatur; noſtra proceſſit decifio, qua permiſſum eſt ad exemplum filiæ furioſi, filium quoque furioſi poſſe & ſine patris interventu matrimonium ſibi copulare ſecundum datum ex noſtra conſtitutione modum.

NOTÆ.

Fœminæ viri potentes) *Maturæ viro* ὡραῖαι, Theophilus ἀνδρὸς δεκτικαί. Fœminæ poſt annos duodecim virum pati poſſe creduntur; *l. 4. D. h. t. l.* 10. *D. de cond. & dem. l. pen. D. quand. dies leg.* quippe qua ætate fœminarum incipit purgatio, teſte Macrob. *d. loco.* Cur in fœminis citiùs vis generationis incipiat, quàm in maribus, vid. Ariſt. 4. *de gen. anim. cap.* 6. Macrob. 7. *Saturn.* 7.

Conſenſum parentum) Nuptiæ conſiſtere non poſſunt de hoc jure, niſi conſentiant omnes, id eſt, qui coeunt, quorumque in poteſtate ſunt; *l. 2. D. hoc tit. l.* 12. *C. eod.* conſenſum tamen non impedit obſequium reverentiæ paternæ debitum, *l. 22. D. eod.* Apud nos verò parentum conſenſus, etſi honeſtatis, non tamen neceſſitatis eſt.

Et civilis) Scil. patria poteſtas, in filiofamilias accedit & hæc, ne cui invito ſuus hæres agnaſcatur, §. 7. *inf. tit. ſeq.*

Et naturalis) Reverentia & obſequium naturæ lege parentibus omnibus debitum, *l. 2. D. de juſt. & jur.* quo tamen contempto nuptiæ non eſſent irritæ, niſi lex civilis adderet δύναμιν ἀναγκαςικὴν, *l.* 11. *D. de ſtat. hom. l.* 22. *C. hoc tit.* quam tamen non attendunt Authores Juris Canonici.

Præcedere) Juſſus, id eſt, voluntas ſive conſenſus parentis præcedere debet, *l.* 25. §. 4. *de acq. hæred.* ideoque non ſufficit hic ratihabitio. Per *l.* 13. §. 6. *ad leg. Jul. de adult. l.* 11. *D. de ſtat. hom. l.* 6. *C. hoc tit.* ſufficit autem vel tacitus conſenſus præcedens, aut concomitans; *l.* 5. *C. eod. l.* 7. §. 1. *D. de ſponſal.* non enim velle debet pater, ſed non nolle, id eſt, συναινεῖν. Sed vid. *infr. in comment. n.* 4. *& ſeqq.*

Ex noſtra conſtitutione) Modus hic eſt, ut ex ſententia curatoris ipſius furioſi, & nobiliorum totius familiæ, itemque magiſtratus aut Epiſcopi ipſius Civitatis, de nuptiis ſtatuatur, *l.* 28. *de Epiſc. aud. l.* 25. *C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid in hoc argumento vocabulum* juſtas *ſignificet?*
2 *De ætate coeuntium.*
3 *De eorum conſenſu.*
4 *De conſenſu parentum adhibendo.*
5 *Et quid de Jure Canonico.*
6 *Ratihabitio patris an efficiat, ut retro nuptiæ abſque conſenſu ejus contractæ legitimæ fiant.*

JUſtas) Juſti variæ ſunt pro adjuncto ſignificationes. Hoc loco juſtum idem ſignificat, quod τὸ νόμιμον, legitimum: & juſtæ dicuntur nuptiæ, quæ ſecundùm jura civitatis Romanæ inter puberes cives contrahuntur; eodem ſenſu, quo juſtum matrimonium in *l. un. unde vir & uxor. l.* 13. *de his quib. ut indign.* Sic juſti liberi dicuntur legitimi, ad differentiam naturalium dumtaxat & vulgo quæſitorum; *l.* 5. §. *pen. l.* 11. *l.* 12. *de ſtat. hom.* juſtus pater ad differentiam naturalis; *l. lege Julia* 44. §. 3. *hoc tit.* juſta uxor; *l. ſi ſenatori* 31. *eod.* quæ legitima *in l. 4. eod.* In genere autem juſtæ nuptiæ habendæ, quæ ſecundùm cujuſque populi inſtituta contrahuntur. 1

Cives Romani) Igitur cum ſervis, Latinis, peregrinis, deportatis connubium non eſt, Ulpian. *fragm. tit.* 5. §. 4. *l.* 3. *C. de inc. nupt.* Cic. *in Top.* Atque hinc reſponſum eſt, ſi quis rogatus hæreditatem reſtituere ſine liberis deceſſiſſet, iſque deportatus in inſula liberos ſuſtuliſſet, condirionem non defeciſſe; *l. ex facto* 17. §. *ex facto* 5. *ad ſen. Treb.*

Maſculi quidem puberes) Romani ea demum ætate civibus ſuis matrimonia permiſerunt, quæ natura apta eſſe creditur ad generandum, maribus poſt annum decimum quartum, quo tempore ipſam ætatem neceſſitate pubeſcere, & vim generationis moveri incipere, ſcribit Macrob. *in ſomn. Scipion. l.* 1. *c.* 6. & Ariſt. 2

7.

7. pol. 16. exurgere τῆς ἀκμῆς [illegible], fœminis autem biennio maturius, quia post annum duodecimum virum pati posse creduntur, *l.* 4. *hoc tit. l.* 10. *de cond. & demonstr.* cujus diversitatis si quis rationem quærat, adeat Arist. 4. *de gen. anim. c.* 6. Macrob. 7. *Saturn.* 7. Ab hac autem determinatione legitimæ & matrimonio contrahendo idoneæ ætatis longè recedit Plato, *qui* 4. *&* 6. *de legib.* tricesimum annum masculis præscribit; longius etiam Aristot. 7. *polit.* 16. qui eos demum conjungi vult circa annum 36. fœminas autem anno 18. Juris Pontificii Auctores pubertatem metiuntur ex potentia coeundi, non ex numero annorum; *cap.* 3. §. *fin. de despons. impub.* qui tamen hodie generali consuetudine sequuntur definitionem juris civilis, quæ etsi non in omnes, in plerosque tamen quadrat, & Medicorum etiam ac Physicorum auctoritate fulcitur. Raro tamen hac ætate apud nos præsertim masculi matrimonio junguntur. In sponsalibus ætas definita non est: quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt, modò utraque persona sit infante major; *l. in sponsal.* 14. *de sponsal.* à quibus tamen facti puberes libere recedere possunt; *c.* 7. *&* 8. *de spon. impub.* VINN. Solebant & impuberes Romani Uxores ducere nondum viri potentes. Exempla exstant apud Gruter. *inscr. p.* 788. 8. *p.* 815. 3. *p.* 824. 1. Tunc verò Nuptiæ hujusmodi non rescindebantur, sed tamen non prius justæ erant, quam conjuges justam ætatem attigissent. Hinc nec antea dos peti poterat, *l.* 65. *ff. de jure dot.* nec repudiatæ dabatur actio rei uxoriæ *l.* 17. §. 1. *ff. de reb. auct. jud. poss. l.* 74. *ff. de jur. dot.* nec ea poterat legatum sub conditione nuptiarum exigere *l.* 10. *pr. ff. de cond. & dem.* Sponsæ ergo loco erat immatura, domum ducta, modò Sponsalia præcessissent, *l.* 32. §. 27. *ff. de don. int. vir. & ur.* junct. *l.* 9. *ff. de sponsal.* Legitima verò uxor tunc fiebat, quum apud virum explesset duodecim annos, *l.* 14. *ff. de rit. Nupt.* HEIN.

3 (*Consensum habeant parentum, quorum in potestate*) Jure civili in nuptiis requiritur consensus tum eorum qui coeunt, tum parentum, si quos habent, quorum sunt in potestate; *l.* 2. *hoc tit.* quod etiam in sponsalibus observatur; *d. l.* 11. *cum seqq. de sponsalib.* Primum nuptiæ sine consensu coeuntium non consistunt, sicut nec alius ullus contractus sine consensu intelligi potest; *l.* 1. §. 3. *de pact.* Quid ergo si error intervenerit? Distinguendum est: nam si talis sit error, qui consensum impedit, puta si quis erret in persona, putans Titiam esse, cum qua contrahit, cùm sit Sempronia; hic error matrimonium vitiat, *arg. l. si per errorem* 15. *de jurisd. l.* 9. *de contr. empt.* Nam quod Jacobus Liam pro Rachele suppositam retinuit; in eo non est usus summo jure; *c. quod autem c.* 29. *qu.* 1. Lombard. 4. *dist.* 30. Idem dicendum est, si erretur circa qualitatem essentialem, veluti potentiam generandi, aut necessitudinem, puta si ignorabatur esse amita aut soror, cum qua contractum est. At si circa accidentalia tantùm erratum sit, verbi causa, si pauper est, quæ dives dicebatur, si capitosa, quæ morigera, si plebeja, quæ nobilis credebatur, &c. quoniam hæc vel adesse, vel abesse possunt salvo matrimonio, & hic in re ipsa justus consensus est, ratum erit matrimonium, *d. c. quod autem in fin.* Covarruv. *de matrim. p.* 2. *c.* 3. §. 6. *num.* 2. Illud autem, quod Innocentius tertius respondit, *c. tua nos* 26. *de sponsal.* si quis ut honestam mulierem ad turpia pelliceret, falsum nomen ementitus eam his verbis desponset, *Joannes te sponsat*: & mulier hoc dolo imprudens illecta cùm in illum tamquam sponsum consensisset, ei copiam sui fecit, si ille testetur nunquam sibi animum fuisse illam ducendi, ista verò petat fidem sibi datam præstari; non debere ex eo facto conjugium judicari, &c. non procedit in foro externo, in quo respondetur pro matrimonio: quia Ecclesia non judicat de occultis. Covar. *de matr. p.* 2. *c.* 2. *n.* 5. Sanchez *tract. de matrim. lib.* 1. *disp.* 9. *& seqq.*

Consensus in hoc contractu etiam planè liber esse debet; *l. non cogitur* 21. *hoc tit. l. Titia* 134. *de verb. oblig. l. nec filium* 12. *l. neque* 14. *C. hoc tit.* Ideoque matrimonium per vim aut justum metum initum ipso quoque jure nullum est; *d. l.* 14. *cap. significavit* 2. *x*. *de eo qui dux. in matr. cap.* 14. *& seq. x*. *de sponsal.* Covarr. *d. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 5. Alb. Gentil. 3. *de nupt.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 335. Planè metus reverentialis sive obsequium reverentiæ paternæ debitum, à quo absunt verbera, vincula, minæ, matrimonium non impedit, uti nec consensum; *l. si patre* 22. *hoc tit. l.* 7. *l.* 12. *de sponsal.* Covarr. *d. cap.* 3. §. 6. *num.* 3. Albert. Gentil. *d. lib.* 3. *cap.* 11. quod tamen alii examinant. 4
Qui in potestate parentis est, etiam illius consensum adhibere debet; *hoc textu, & lege* 2. *eodem.* Sed & nepos quamvis in avi tantum potestate sit, patris tamen consensum adhibere debet; *l.* 16. §. 1. *eod.* eadem scilicet ratione, qua consensus filii requiritur, si pater quasi ex eo nepotem adoptare velit, nempe ne invito filio suus hæres agnascatur; §. *sed si quis* 7. *tit. seq.* quæ ratio cùm in nepote nubente cesset, cessat etiam decisio; *d. l.* 16.

§. 1. Casus, qui proponitur in *l. 3. eod.* specialis est. Quid ergo, si oblata liberis honesta conditione, pater dissentiat, aut sine causa prohibeat filium uxorem ducere, filiamve nubere, aut dotem dare nolit? Hic Magistratus aditus partes suas interponet, patremque causa cognita coget in matrimonium consentire, & dotem dare; *l. capite 19. hoc tit.* Ait disertè, *quorum in potestate.* Unde intelligimus, nec matris consensum in liberorum nuptiis necessarium esse, nec patris in emancipatorum. Et de filio quidem emancipato hoc expresse scriptum est in *l. filius 25. hoc tit.* In filia verò emancipata id secus videri potest per *l. vidua 18. l. in conjunctione 20. C. eodem.* An dicemus excipi filiam emancipatam minorem 25. annis ob sexus & ætatis verecundiam? An, ut plerique, honestatis tantùm causa præcipi, ut ea patris consensum expectet, sed id non esse necessarium? Sanè, & matris, & propinquorum, & curatorum judicium adhibere patrem orbata iisdem constitutionibus jubetur, quorum tamen auctoritas in copulandis nuptiis necessaria non est; *l. 8. C. eod.* Sic sentio. Jus antiquitus fuit, ut pater filiam, quam in potestate habebat, pro arbitrio & cui liberet, despondere posset; cujus rei exempla nonnulla apud Comicos & Historicos habemus. Neque filiæ à patre dissentiendi licentia dabatur; nisi indignis moribus aut turpem sponsum ei pater elegisset; *l. 12. §. 1. de sponsal.* Emancipatam autem filiam patrem suo arbitrio nec despondere, nec elocare potuisse, adeoque nuptias, quas illa propria auctoritate contraxisset, non fuisse injustas, arguunt textus omnes, qui ejus tantùm consensum requirunt, cujus in potestate sit, quæ nubit, aut qui uxorem ducit. Hoc autem jus in filia emancipata minore 25. annis ita postea mutatum & imminutum est, ut tam illa patris, quàm pater illius voluntatem explorare debeat; *d. l. 20. C. hoc tit.* ita tamen ut si filia patris sententiæ repugnet, filiæ potius, quàm patris voluntatem judex sequi teneatur; *d. l. 18. C. eod.* Ex quo loco utique hoc colligitur, arbitrium emancipatæ non fuisse planè liberum. VINN. Videatur quæ Pontifex in *cap. tua nos 26. x^{ti} de spons.* & Aug. Barbosa *ad idem cap.* & Layman. *Theol. Moral. l. 5. tr. 10. part. 1. c. 1. n. 11.* hanc decisionem planè explodunt. HEIN.

Et civilis & naturalis ratio) [redacted]

[redacted] *nupt. num. 16.* [redacted]

[redacted] *per 60. de reg. jur. nu. 16.* [redacted]

§. 1. *hoc tit. l. 13. §. si quis 6. ad leg. Jul. adult. l. 6. C. hoc tit.* [redacted]

eod. [redacted]

C. ad SC. Mac. [redacted]

run

[redacted] Itaque jussus hic tantùm opponitur ratihabitione. Vinn. Quæ Vinnius hic cum Bachovio contra ratihabitionem disputat, non adeo firmo stare videntur talo. Nam primum quod negat ratihabitioni locum esse, in iis quæ ipso jure nulla sunt, id falsum videtur. Donatio enim inter virum & uxorem ipso jure nulla l. 3. §. 9. *ff. de don. inter vir. & Uxor.* ratihabitione tamen convalescit, *l.* 25. *C. eod.* quemadmodum & testamentum, in quo filius præteritus, validum judicatur, si filius in illa voluntate adquiescat, *l.* 17. *ff. de injust. rupt. irit. Lex.* 11. *ff. de stat. hom.* non agit de ratihabitione, sed de statu prolis ignoro avo conceptæ. In *l.* 65. *ff. de R. N.* non magis matrimonium, ob defectum consensus invalidum est, sed ob prohibitionem legis, quæ inter eum qui in provincia officium gerit, & mulierem provincialem stare non patitur matrimonium. Ergo nec ratihabitio ibi quidquam operatur, secus ac in matrimonio non-dum consentiente patre contracto, ubi ratihabitio consensum retrotrahit. Quod etiam de reliquis legibus à Vinnio allegatis observandum. Denique à legitimatione rectè eatenus ducitur argumentum, quod quemadmodum liberi ante nuptias nati, his subsequentibus ideo legitimi habentur, quia defectus prioris supplementum retrotrahitur ac si matrimonium semper fuisset, ita & post ratihabitionem patris liberi antea nati fiant legitimi, quia ratihabitio semper ad principium cujusque actus retrotrahitur, *l.* 16. §. 1. *ff. de pign.* Unde & exspirat monstrum illud, quod fingit Wesemb. *ad l.* 5. *C. de nupt.* Spuriorum ex justis nuptiis. Cum adparatu hæc Vinnii argumenta refellit, contrariamque sententiam probavit B. Huber. *Prael. ad Inst. hoc tit.* §. 10. & *ad ff. eod.* §. 5. Hein.

Textus.

Quæ uxores duci possunt vel non. De cognatis, ac primum de parentibus & liberis.

1. Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam à quarumdam nuptiis abstinendum est; inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt: veluti inter patrem & filiam, vel avum & neptem, vel matrem & filium, vel aviam & nepotem, & usque in infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

Notæ.

Inter patrem & filiam) Intellige parentes & liberos etiam naturales tantùm. Nam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspiciendus est: contra pudorem autem est, filiam uxorem ducere; *l.* 14. §. 2. *D. hoc tit.*

In infinitum) Et ita cape *vers.* 6. & 8. *cap.* 18. *Levit.*

Nefarias atque incestas) in summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudo & fœditas, ut natura omnis à tali conjunctione abhorreat. Et hoc est incestum, quod jure gentium committi scribit Paul. *l. ult. D. hoc tit.* nec eo minus jus, quia à Persis contemptum, ut rectè Xenophon. 4. *memorab.* adde Philon. in *decal. lib.* 1. Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ dicuntur; *l.* 39. §. 1. *l.* 95. *D. hoc tit. l.* 5. *de quæst. l. ult. C. de incest. nupt.* De nomine hoc vide Non. Isidor. Fest.

Commentarius.

1 *Genera cognationis exposita, ubi & de spirituali.*
2 *Parentum cum liberis conjugia incestuosa esse in summmo gradu.*
3 *Ne dissoluta quidem adoptione filiam adoptivam ducere, & quare.*

Ex iis, quæ hactenus dicta sunt, intelligimus, quatuor hæc concurrere debere, ut justæ habeantur nuptiæ: ut qui contrahunt sint cives Romani; quales apud nos omnes habentur: ut sint puberes: ut consentiant: ut si sint filii famil. consensum adhibeant parentum, quorum in potestate sunt; juxta ea quæ dicta sunt supra ex decret. Concilii Trident. in locis ubi receptum est. Quibus & quintum addi potest ex jure Pontificio & pia consuetudine; solemnis illa post trinam promulgationem in Ecclesia nuptiarum benedictio. Hæc, inquam, si intervenerint, nuptiæ justæ esse censentur; si modò inter eas personas contra-

tractæ sint, inter quas nuptiæ consistere possunt. Nam etiam quædam personæ jure prohibentur inter se nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur, fere fit ob turpitudinem conjunctionis, quæ turpitudo vel est à cognatione contrahentium, vel ab affinitate. Cog-
1 natio triplex est; merè naturalis; merè civilis; & mixta. Naturalis tantùm est, quæ illegitimo coitu contrahitur: civilis dumtaxat, quæ per adoptionem constituitur: mixta est inter eos, qui ex justo matrimonio procreati sunt, utroque videlicet jure concurrente, *l. 4. §. 2. de grad. & affin.* Speciem cognationis, quam Auctores juris Pontificii spiritualem vocant, & esse volunt inter susceptorem & susceptam ex sacro Baptismate, *cap. de cognat. spirit.* Covar. *de matrim. p. 2. c. 6. §. 4.* quam etiam probat Justinianus *l. si quis 26. circa fin. C. hoc tit.* Pontifices Romani in sua, & Græci in Orientali Ecclesia extenderunt usque ad septimum gradum, quasi major esset cognatio spiritualis necessitudine carnali, juxta dictum Synodi in Tryllo. Extat de ea re *lib. 4. decretal. tit. 11. & lib. 3. jur. orient.* idem *caus. 30.* per aliquot quæstiones. In Concilio autem Tridentino, cùm variè de hac prohibitione esset disceptatum, & multi eam penitus tollendam censerent; placuit, impedimentum spiritualis necessitudinis restringi ad eam cognationem, quæ est inter susceptorem & susceptam, ejusque patrem & matrem; *decret. de reform. cap. 2. sess. 24.* VINN. Spiritualis illa cognatio ex mente canonistarum non modò ex baptismo nascitur, verùm etiam ex confirmatione *cap. 1. fin. de Cogn. spirit. in 6.* immo & ex catechismo, quamvis eam cognationem non tam contractum quàm contrahendum matrimonium impedire existiment, *c. 2. eod. num. 6.* Porro hanc cognationem spiritualem in *paternitatem*, quæ inter baptizantem, & baptizatum, susceptorem & patrinum est, *compaternitatem*, quæ inter parentes baptizati & baptizantem vel susceptorem intercedit, & denique in *fraternitatem*, qualem inter baptizatum & liberos baptizantis, nec non susceptorum contractam, dividere solent. Azpilcue. *Tom. 3. c. 22. num. 36.* & Vir summus Cujac. *ad rubr. X. de consang. & affin.* HEIN.

Parentum liberorumve locum) *L. nemini 17. C. hoc tit.* Commodius dixisset, *inter parentes & liberos*: nam & patrui & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. sororis 29. hoc tit.* Theophil. Ἐπὶ τῶν ἀνιόντων καὶ κατιόντων.

2 *Nefarias atque incestas*) In summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudo & fœditas, ut natura omnes à tali conjunctione abhorreant, & sua ipsorum conscientia redarguantur necesse sit, qui hæc naturæ jura violant: adeoque execrabiles habeantur, qui vel per ignorantiam hæc committunt. Hinc illæ Oedipodarum calamitates, quibus plenæ tragœdiæ, & illæ fictæ apud inferos pœnæ; Homer. 11. *Odyss.*

Μητέρα δ' Οἰδιπόδαο ἴδον καλὴν Ἐπικάστην.

Hinc Nero magis ob incestum quàm ob reliqua facinora detestabilis. De Parthis sic Lucanus.

——Cui fas implere parentem,
Quid rear esse nefas?

Adde Philonem Jud. in *decal. lib. 1.* Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ, hoc est, incastæ & pollutæ (si Isidoro *lib. 5. cap. 26.* credimus) dicuntur: *d. l. sororis 29. §. 1. l. etiamsi 56. eod. tit. C. de incest. nup.* An autem & illæ naturæ legi & honestati similiter repugnent, postea disputabimus. Earum certè, de quibus nunc agimus, naturalis prohibitio est. Quippe insita est in ipsis affectibus fuga quædam commixtionis cum parentibus & ex se natis; à qua etiam quædam animantia muta naturaliter abhorrere, à nonnullis proditum est. Seneca *Hippol. act. 3. v. 913.*

Feræ quoque ipsæ Veneris evitant nefas,
Generisque leges inscius servat pudor.

Affertur & alia prohibitionis, eaque non parvi ponderis ratio, confusio communis cognationum normæ: quæ & ipsa naturæ legi atque ordini vehementer repugnat, & necessario consequitur istam sanguinis inter parentes & liberos commixtionem. Horresco ad illud Oedipi apud Senecam *Thebaid. act. 1. v. 134.*

Avi gener, patrisque rivalis sui,
Frater suorum liberûm, & fratrum parens
Uno avia partu liberos peperit viro
Ac sibi nepotes. Monstra quis tanta explicet?

Item ad illa Thyestis in *Agamem. act. 1. 34.*

Versa natura est retro,
Avo parentem, (proh nefas) patri virum,
Natis nepotes miscui, nocti diem.

Quamvis per adoptionem) Respectu quoque cognationis merè civilis inter parentes & liberos nuptiæ prohibentur, nefasque esse existimatur, eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia neptisve esse cœperit: in tantum, ut etsi per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem juris maneat; *l. quin etiam 55. hoc tit.* Nec id mirum videri debet, quamvis omnia

nia adoptionis jura per emancipationem solvantur; *l. in omni* 13. *de adopt.* Nam in nuptiis semper etiam pudoris & reverentiæ ratio habetur; *l. adoptivus* 14. §. 2. *hoc tit.* Patris autem persona tam sancta & reverenda filiæ esse debet, ut ad impediendas nuptias sufficiat aliquando patrem fuisse. Eadem fere ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere possum: nempe non propter civilem aliquam necessitudinem, quæ nulla inter nos; *l. qui in adoptionem* 23. *de adoption.* sed propter reverentiam, quam matri patris adoptivi propter patrem debeo, quamdiu in familia ejus sum; & tetrum esset, me patris mei licèt adoptivi fieri vitricum. Planè si per emancipationem soluta fuerit adoptio, nihil impedimento est, quominus eam uxorem ducere liceat; quoniam illa nunquam mihi aviæ loco fuit, sed extranea semper, *d. l.* 23. *de adopt.* junct. *d. l.* 55. *hoc tit.* At enim, inquies, nec patris adoptivi uxor matris loco est *d. l.* 23. eam tamen ducere non licet, ne quidem post emancipationem *d. l.* 14. *pr. hoc tit.* Sed nimirum sufficiat eam aliquando novercæ loco fuisse, *d. l.* 14.

TEXTUS.

De fratribus, & sororibus.

1. *Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ab altero eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio; sane inter te & eam nuptiæ consistere non possunt; cum verò per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere: sed & si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam suam emancipare; & si quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium suum emancipare.*

NOTÆ.

2. *Sive ab altero eorum*) Convenit *d. cap.* 18. *Lev.* 9. 11. Athenis tamen consanguineam ducere licebat, id est, sororem ὁμοπάτριον, non autem ὁμομήτριον. Fabrot. ex *Philon.* Sed nec vulgo quæsitam sororem ducere licet, *lege* 54. *D. hoc tit.*

Quamdiu constat adoptio) Ex Cajo *l.* 17. *D. hoc tit.* Paulus apud *Ruffin.* *Adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes & liberos omnimodo, inter fratres eatenus, quatenus capitis minutio non intervenit.*

COMMENTARIUS.

1 *Ostenditur firmis rationibus, legem divinam de non ducendis sororibus moralem esse & perpetui juris.*

Ex transverso gradu) Linea, in qua gradus cognationis ponuntur, vel directa est & perpendicularis, vel transversa. Directa est; vel ascendens, in qua sunt parentes, vel descendens, in qua sunt liberi. Transversa eos complectitur, qui ex latere veniunt: estque vel æqualis; eorum videlicet, qui pari gradu distant à communi parente, ut fratres & sorores, consobrini, patrueles: vel inæqualis, cùm alter altero à communi parente est remotior; ut patruus, avunculus, & fratris & sororis filii, & filiæ. In linea directa, ut jam dictum est, prohibitio est infinita: in transversa non item, quò nunc se confert Imperator.

Inter fratrem & sororem) In linea transversa æquali unus tantùm gradus jure civili prohibitionem habet, nimirum fratrum & sororum nuptiæ; *l. nemini* 17. *C. hoc tit.* quas etiam à Deo interdictas non uno loco reperimus; *Levit.* 18. 9. & 20. 17. *Deut.* 27. 20. Quid ergo? an hæc interdictio sive lex de non ducendis sororibus & ipsa moralis est, perpetuamque & naturalem causam prohibitionis continet? Moralem esse & naturalem non dubito. Moveor, quod Deus ita per Mosen 1
pronuntiat: *Qui acceperit sororem suam, nefariam rem operatus est, & in conspectu populi occidetur, Levit.* 20. 17. & *Deut.* 27. 20. *Maledictus*, inquit, *omnis, qui dormit cum sorore sua.* Adeoque ex abominationibus, propter quas Cananæos Dominus extirpavit, hæc una fuit, *Levit.* 18. *circa fin.* qui tamen non aliam legem quàm naturæ habuerunt. Plato quoque *lib.* 8. *de legib.* fratrum & sororum conjugia ait esse μηδαμῶς ὅσια, καὶ θεομισῆ, καὶ αἰσχρῶν αἴσχιστα. Hinc esse, quòd in tragœdiis Macarei, cognito se cum sororibus rem habuisse, continuò mortem sibi conciscant, sceleris pœnas à se ipsis repetentes. Et Cicero *lib.* 1. *de divin.* commixtionem fratris & sororis *Nefarium stuprum* appellat. Lucianus in *Philop.* ἀσελγεστάτην μῖξιν. Quis verò hoc nos docuit? sola natura, quippe quæ omnes docet, sorori suæ misceri nefas esse, dum appetitum conjunctionis inter fratrem & sororem cadere non finit. Quis est enim, qui sororis suæ quantumvis formosæ nup-

nuptias aut ſtuprum appetat? Non Platonem modò, ſed experientiam provoco. *Tam à me*, inquit ille apud Plaut. *Curcul. act.* 1. *ſc.* 1. *v.* 51. *pudica eſt*, *quàm ſi ſoror mea ſit.* Neque aliam ob cauſam Abrahamus credidit ſe pro marito Saræ habitum non iri, quàm ſi eam ſororem ſuam eſſe diceret, *Geneſ.* 12. 12. & 20. 12. Denique non tantùm Romani, ſed etiam alii populi, & omnis pene Græcia, auctore Alex. ab Alex. 1. *genial. dier.* 24. nefandum putaverunt, iiſdem parentibus genitos invicem inceſtis nuptiis detineri. Neque verò ideo minus hoc nefas eſt, quia Ægyptii & nonnulli alii populi id dicere voluerunt, ſuorum nimirum Numinum exemplo, cùm Saturnus Opin, Jupiter Junonem, Oſiris Iſin duxerit: & quid ni hoc faceret, apud quos non ſolùm philadelphi, verùm etiam philometores fuerunt? Objici ſolet dictum Thamaræ ad Amnonem fratrem conſanguineum, *Alloquere Regem; non enim denegabit me tibi.* 2. *Samuel.* 13. Reſp. Sive hoc Thamara ſciens commenta eſt, ut ſe præſenti periculo eriperet, ſive revera credidit hoc quoque patri Regi licere; inde colligi non debet, aut Davidem id conceſſurum fuiſſe, aut rectè facturum, ſi conceſſiſſet. Illud alicujus momenti eſt, quòd hic nobis objici poteſt, & verum eſſe conſtat ex ſacra hiſtoria: oportuiſſe nimium à primis illis hominibus ſorores duci, cùm aliæ mulieres non extarent. Reſpondent Theologi, id fuiſſe neceſſitatis & tacitæ divinæ diſpenſationis. Nam cùm juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures ſimul fœminas condidiſſet; ſatis intelligitur, hanc fuiſſe ipſius voluntatem, ut fratri ex ſorore ſobolem tollere fas eſſet; quod poſtea ipſa natura docuit non licere. Hoc ergo factum, ut Auguſtinus ait *lib.* 15. *de civitate Dei*, *cap.* 16. *Quanto eſt antiquius*, *compellente neceſſitate* (intellige neceſſitate ex illius temporis circunſtantia) *tanto poſtea factum eſt damnabilius religione* (id eſt, naturali averſatione) *prohibente.* Affert ibidem Auguſtinus etiam nonnullas alias cauſas, ob quas fratres & ſorores conjungi non debeant, ut neceſſitudo inter plures diffundatur, ſerpatque & propagetur civium inter ſe charitas, quam ſic extendi etiam Cicero docet, 5. *de fin.* item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confuſio, quæ fratrum & ſororum nuptias neceſſariò ſequitur. Sed hæ rationes tanti ponderis non ſunt, ut quod contra fit, natura illicitum cenſeri debeat. Conſentit etiam in hac quæſtione Covarr. *de matrim. p.* 2. *cap.* 6. §. 10. *num.* 15. D. Tulden. *ad hunc titulum*, *cap.* 6.

Sive ab altero eorum) In nuptiis utrum frater ſit germanus, an conſanguineus, vel uterinus dumtaxat; nihil intereſt. *Levit.* 18. 9. 11. immo nec vulgo quæſitam ſororem ducere licet, *l.* 54. *ff. h. t.* In ſucceſſionibus autem inter utrinque conjunctos arctior neceſſitudo habetur; *auth. itaque C. comm. de ſuc.* ut & olim in eadem cauſa conſanguineorum major ratio quàm uterinorum habebatur: vulgo autem quæſitorum extra ſucceſſionem matris vix jus ullum.

Quamdiu conſtat adoptio) Per adoptionem quæſita fraternitas eò uſque impedit nuptias, donec manet adoptio, aut naturalis filius in poteſtate. At ſi pater, vel me in poteſtate retento, filiam quam adoptaverat emanciparit, vel me emancipato, illam in poteſtate retinuerit, poſſumus matrimonio jungi, *l. per adoptionem* 17. *h. t.* quippe vinculo agnationis, quæ ſola haſce nuptias impedit, ſoluto. Nam reverentiæ & honeſtatis reſpectus, qui diſſoluta adoptione adhuc manet inter patrem quondam & filiam, hic nullus eſt.

Antea filiam ſuam emancipare) Alioqui dirimetur matrimonium, quod inter fratrem & ſororem licèt adoptivos non conſiſtit; ut ex Theophilo, Hotom. & Weſemb. hic notant, & indicat Triphon. in *l. non ſolùm* 67. §. 3. *hoc tit.* Nam ut dicamus matrimonium manere, & adoptionem potius nullam eſſe, quod D. Bachovius magis probat; neſcio an ex ratione juris civilis defendi poſſit; quòd cùm nuptias inter ſororem & fratrem adoptivum prohibet, generum tamen adoptari permittit ex conſequenti genero adoptato, nuptias perimi voluiſſe exiſtimandum eſt, non adoptionem nullam eſſe. Vid. *tom.* 1. *juris Græco Rom l.* 8. *c. de adopt.* γάμος λύεται, εἰ καὶ τις τὸν ἰδίου γαμβρὸν υἱοθετήσηται. Theod. Balſam. *ad d. l.* 67 *ff. hoc tit.*

TEXTUS.

De fratris & ſororis filia vel nepte.

3. *Fratris verò, vel ſororis filiam uxore ducere non licet: ſed nec neptem fratris vel ſororis quis ducere poteſt, quamvis quarto gra ſint: cujus enim filiam ducere non licet, neq ejus neptem permittitur. Ejus verò mulieris, qua pater tuus adoptavit filiam, non videris prohib uxorem ducere: quia neque naturali, neque ci jure tibi conjungitur.*

NOTÆ.

3. *Fratris vel ſororis filiam*) Ex *l.* 17. *hoc tit. l.* 17. *C. eod. l. ult. C. de inceſt. nu*

Ul-

Ulpian. apud *Ruffin.* & in *fragm. tit.* 5. scribit permissum esse ducere filiam fratris, non etiam sororis. Hoc Claudius invexerat. Sueton. *in Claud. cap.* 26. Tacit. 12. *ann. c.* 5. *seq.* Sed postea sublata est hæc differentia *d. l.* 17. Lege quoque divina non obscurè hæ nuptiæ vetantur hoc ipso, quod prohibemur ducere amitam & materteram; *Levit.* 18. *vers.* 12. & 13. eadem enim ratio est.

Commentarius.

1 *Nuptias cum fratris aut sororis filia, & in universum inter personas transversæ lineæ, quæ parentum, & liberorum loco inter se sunt, etiam divina lege prohibitas, atque hanc quoque legem moralem esse.*

Jure civili nuptiæ in linea transversa inæquali prohibitæ sunt inter eas personas, quæ parentum liberorumve numero sunt; *l. per adoptionem* 17. §. 2. *l. sororis* 39. *hoc tit. l. nemini* 17. *C. eod. l. ult. C. de incest. nup.* §. *item amitam* 5. *inf. eod.* & quidem in infinitum: *l. nuptiæ* 53. *hoc tit.* nam graduum numerus hic non magis consideratur, quàm in linea recta inter ipsos parentes & liberos. Sed an huic prohibitioni per omnia consentanea sit lex divina veteris Testamenti, quæritur. Ego equidem sic sentio; quamvis enim singula apud Mosen non sint expressa; tamen quibusdam positis, quæ paria sunt, pro expressis habenda, cùm hoc flagitet ipsa ratio, ut de similibus similiter statuatur, nec in hac prohibitione tam ad numerum graduum respiciatur, quàm ad venerationem personarum. Cùm igitur Dominus expresse vetat amitæ & materteræ nuptias; *Lev.* 18. *vers.* 12. & 13. intelligitur etiam vetare nuptias amitæ magnæ, & materteræ magnæ, & deinceps ascendentium: item ἀναλόγως nuptias fratris & sororis filiæ & deinceps ex his descendentium cum patruo & avunculo, & qui supra hos sunt. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & partem legis moralis, ex iisdem fere argumentis evincitur, quibus fratris & sororis nuptias naturæ atque honestati repugnare antea demonstravimus, in ea tamen dispensari potest, ex Trid. *sess.* 24. *can.* 3. Unum addam: Apud Romanos cùm nulla adhuc lege nuptiæ cum fratris filia prohibitæ essent; moribus incestæ habebantur; *l. sororis* 39. §. 1. *l. etiamsi* 56. *hoc tit.* Adeo ut ipse Claudius Imperator ausus non fuerit Agrippinam fratris sui Germanici filiam uxorem ducere, nisi extorto prius senatusconsulto, quo venia daretur talium conjugiorum; neque tamen reperti sunt, quod mirum est, in libidinosissima civitate, qui sequerentur exemplum, excepto uno atque altero pessimo adulatore; Sueton. *in* Claud. *c.* 26. Tacit. 12. *annal. cap.* 5. *seq.* ac postea senatusconsultum illud à Nerva sublatum est, teste Xiphilino. Sanè brevis hæc lex Nervæ fuit, ut & imperium ejus, & nuptiæ cum fratris filia ex edicto Claudii pro licitis iterum haberi cœperunt; nam auctore Capitolino, Antoninus Pius filiam suam fratri uxorem dedit; quod antea nondum sublato senatusconsulto & Titium fecisse Suetonius memorat. *Domitian. c.* 22. Cæterum quia Senatusconsultum illud sive edictum Claudii cum naturæ honestate pugnare videbatur, strictissimè acceptum de sola fratris filia, non autem de filia sororis, teste Ulp. *tit.* 5. §. 6. aut quod magis puto, jam tempore mediæ jurisprudentiæ vim amiserat; argumento id, quod Cajus scribit, *l. quin etiam* 55. §. 1. *hoc tit.* fas non esse ducere neptem patris adoptivi ex filio; quanto igitur minus neptem veri patris & naturalis, seu veri fratris filiam ducere licuit? Ut ut est, tamdem expresse edictum illud abrogatum est, & quidem à Principibus ethnicis Diocletiano & Maximiniano; *l. nemini* 17. *C. hoc tit.* adeò altè à natura leges istæ cordibus humanis inscriptæ sunt; *l. ult. C. de incest. nupt. art.* 7. *Ordin. pol.* Vinn. *Lex* 17. *C. de nupt.* desumpta est ex Codice Greg. *lib.* 5. *tit.* 1. §. 9. ubi ea multo integrior exstat. Ibi vero nihil de fratris, sed de sororis filia, quam distinctionem etiam admittit Ulp. *tit.* 5. §. 6. Ex quibus colligimus (1) *l.* 17. *C. de nupt.* à Triboniano, locum autem Caji *lib.* 1. *Instit. tit.* 4. §. 3. ubi & cum fratris filia matrimonium prohibetur, ab Aniano esse interpolatum. (2) Nervæ legem non hoc matrimonium cum fratris, sed alterum cum sororis filia, σὺν ἀδελφιδῇ inhibuisse. (3) Primos Nuptias cum fratris filia prohibuisse Constantinum & Constantem, *l.* 1. *C. de incest. Nupt.* Hein.

Quamvis quarto gradu) Hinc apparet, jure civili licitum fuisse ex quarto gradu lineæ transversæ uxorem accersere, excepta ea quæ parentis aut filiæ loco esset.

Cujus filiam, &c. Neque ejus neptem) Hæc regula ad hypothesim revocanda est, cujus videlicet fratris aut sororis, de quibus agitur. Vera autem ratio est; quoniam parentum liberorumque invicem numero sunt: ut hic aliud spectandum sit, quàm numerus graduum: §. *item amitam* 5. *inf. l. nuptiæ* 53. *eod.*

Neque naturali, neque civili) Non naturali, quia cognata mea non est, cùm adoptio non tribuat jus sanguinis: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem; *l.* 12. *in fin. eod.*

Quip-

Quippe per adoptionem cum iis tantùm personis necessitudo contrahitur, quæ si sanguine nos contingerent, nobis agnatæ essent *l. per adoptionem* 23. *de adopt.*

TEXTUS.

De Consobrinis.

4. *Duorum autem fratrum, vel sororum liberi, vel fratris, & sororis, conjungi possunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Patruelium & consobrinorum nuptias neque civili, neque divino jure prohibitas, quamquam Canones longius progressi.*

2 *Discrimen dinumerationis graduum inter jus civile & canonicum explicatum.*

1 REdit ad lineam transversam æqualem, in qua dicit, eos, qui in quarto gradu sunt, facta computatione civili, conjungi posse; nimirum fratris & sororis liberos: idemque traditur in *l.* 3. *h. t. l. celebrandis* 19. *C. eod.* scilicet quia hic cessat ratio, ob quam prohibeor neptem fratris ducere, quòd ego illi parentis, illa mihi filiæ loco sit. Lege quoque divina patruelium aut consobrinorum nuptiæ interdictæ non sunt; adeoque si exempla jus faciunt, tantùm non expresse conceduntur; *num.* 36. 11. Augustinus *lib.* 15. *de civ. Dei*, de connubiis consobrinorum agens ait, ea nec divinam legem prohibuisse, neque ad sua usque tempora, humanam. Prohibuerat has nuptias Theodosius Major, ut scribit Aurel. Victor: sed legem patris filii Arcadius & Honorius sustulerunt, revocata prisci juris, ut inquiunt, auctoritate; *d. l. celebrandis* 19. *C. hoc tit.* Pontifices autem Romani longius progressi sunt, & conjungi vetuerunt non solùm consobrinos, sed etiam sobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cùm octo inter se distent; *cap. non debet, de consf. & affin. Concil. Lateran. c.* 50. cujus Concilii auctoritate Innocentius abrogavit priorum Pontificum decreta, qui usque ad septimum gradum nuptias inhibebant: hoc est, eorum, qui jure civili decimoquarto gradu invicem contingunt; *c. progeniem, & seq. c. nulli, & seq.* 35. *q.* 2. *&* 3.

2 Manet hic locus, ut discrimen dinumerationis graduum, quod est inter jus civile & canonicum, obiter explicemus; quippe quod ad causas matrimoniales solùm pertinet: nam in successionibus civilibus computationem sequuntur etiam in terris Ecclesiæ, teste Schneid. *hic*; & D. Tulden. *ad tit. Inst. de grad. cogn.* Jus civili generata persona gradum adjicit, ut tot eo jure sint gradus, quot sunt generationes; §. *hactenus* 7. *inf. d. tit.* In linea recta aut ascenditur, quæ idcirco ascendentium appellatur, ordinemque parentum complectitur: aut descenditur: quæ dicitur descendentium,& ordinem deprehendit liberorum. In linea transversa seu collaterali primùm ascenditur deinde descenditur. Exempli gr. ego genitus sum à patre meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum; unde consequitur, fratres duobus gradibus inter se distare de jure civili. Pari ratione si quæras, quot gradibus à te distet patruus tuus, ascende primùm ad avum vestræ cognationis communem auctorem, deinde iteru[m] descende ad ejus filium, qui est patruus tuu[s] comperies eum tribus gradibus à te distare: [&] ita deinceps. Latius hæc declarantur *infr.* [...] *gradu cognat.* Jus autem Pontificium aliter gr[a]dus dinumerat; *cap. ad sedem*, 35. *quæst.* [...] Cujus juris regulæ sunt. 1. In linea ascende[n]tium & descendentium quot sunt personæ, u[na] dempta, tot sunt gradus: quæ computatio [in] hac linea à computatione juris civilis in h[oc] tantùm differt, quòd Canones personas num[e]rant, jus civile generationes. 2. In linea tran[s]versa æquali, quot gradibus alter distat à co[m]muni stipite, totidem utrique inter se dista[nt] Exempli gr. Frater & soror distant inter se h[oc] jure uno tantùm gradu, quia uno gradu dista[nt] à communi parente: & consobrinus ista co[m]putatione mihi est secundus, quia ab avo, [qui] communis utriusque nostrum fons est & ori[go] secundus numeror. 3. In linea transversa [in]æquali, quo gradu distat remotior à capite, [eo] gradu distant inter se. Igitur fratris mei fil[ius] secundo gradu à me abest, quia ille à pa[tre] meo avo suo duobus gradibus dissidet: & [ne]pos fratris mei tertio, quia à patre meo [...] tertius est.

Conjungi possunt) Theoph. negativè red[dit] ὐ δύνανται συνάπτεσθαι, quia sic in Orie[nte] obtinebat. Nam post Justinianum sub I[...] Græcis hæc matrimonia iterum improbata [...] re. Harmenop. *l.* 4. *tit.* 9. Attat. *tit.* 26. Ma[...] monach. *tit. de grad. sept. consang.* VINN. [...] tota hujus juris historia conferendus Ja[c.] Gothofr. *ad l. un. C. Th. si nupt. ex rescr. lib.* 3. *tit.* 10. *Tom.* 1. *p.* 288. HEIN.

TEXTUS.

De amita, matertera, amita magn[a] matertera magna.

5. *Item amitam, licet adoptivam, ducere* [...]

re

rem non licet. Item nec materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

COMMENTARIUS.

HUjus §. explicatio petatur ex iis, quæ *ad* §. 3. sup. diximus.

Licèt adoptivam) Hoc consulto hic additum, in matertera omissum: nam matertera per odoptionem non magis fieri potest, quam avunculus; *l. 12. §. ult. hoc tit.* Eadem verba quoque repetenda sunt in amitam magnam; *l. per adoptionem 17. in fin. eod.* VINN. Sed turbat Cajus in *l. 55. §. 1. ff. de ritu nupt.* Ubi ne patris quidem adoptivi materteram duci uxorem posse statuit. Enimvero matertera patris adoptivi, huic loco parentis, & hinc filio quoque adoptivo veneranda est, adeoque non magis duci potest, quam adoptivi vidua *l. 14. pr. ff. h. tit.* Qualis respectus non est inter sororem patris adoptivi & filium ab eo adoptatum. HEIN.

TEXTUS.

De affinibus, & primùm de privigna, vel nuru.

6. Affinitatis quoque veneratione à quarumdam nuptiis abstinere necesse est; ut ecce, privignam aut nurum ducere non licet, quia utræque filiæ loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus aut privigna tua. Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est; ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

NOTÆ.

6. *Privignam*) Quæ sic dicta, quòd genita, antequam mater secundò nuberet. Fest.

Qui duas uxores) *L. 2. C. de inc. nupt. l. 18. C. ad leg. Jul. de adult.* Multæ quoque aliæ gentes virum unicæ mulieri copularunt. Dionys. Halic. *lib. 2.* Raræ binæ in Occidente nuptiæ. De Germanis testatur Tac. *de moribus Germ. c. 18.* Valentinianus permittere voluit, Niceph. Calist. *lib. 11. cap. 33.* Jul. Poll. *in ebron.* In Rep. Christiana tolerari non oportere evincunt, quæ apud Matth. *c. 5. & 19.* Marc. 10. Luc. 16. Paul. 1. *Cor. 7.* VINN. Valentiniani Consilium non feliciorem habuit exitum, quàm Julii Cæsaris, qui per Helium Cæcinam simile quid tentaverit. Suet. *Jul. c. 52.* Quin sunt qui illam narrationem de Valentiniano, cujus auctor Socr. *H. E. lib. 4. c. 31.* falsam judicant, in primis Tillemont *dans l'Histoire des Empereurs, tom. 5. part. 1. not. 28. p. 345.* HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Licèt affinitatis nulli propriè sint gradus; tamen quasi quosdam gradus affinium numerari posse, & num. 3.*
2 *Genera affinitatis à veteribus canonibus statuta, posteriorum Pontificum decretis moderari.*
3 *In linea recta affinium eamdem esse prohibitionem, quæ in eadem linea cognationis.*
4 *In linea affinitatis transversæ quatenus se extendat prohibitio.*
5 *Interdicta Levit. 18. quæ affines spectant moralia esse.*
6 *Jure civili antiquo non videri inter affines transversæ lineæ prohibitionem fuisse.*
7 *Polygamiam in Rep. Christiana non esse tolerandam.*

HActenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis simulacrum quoddam est affinitas: cujus ea etiam vis est, ut quosvis affines quibusvis jungi naturæ honestas non patiatur. Sunt autem affines viri & mulieris cognati, dicti ab eo, quòd duæ cognationes, quæ inter se diversæ sunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit, *οἱ κατ' ἐπιγαμίαν, συγγενεῖς, leg. 4. §. 3. de grad. & affin.* ubi nomina quoque affinium peculiaria recensentur. Gradus affinitatis propriè nulli sunt 1
quia affines ab affinibus non generantur; *d. l. 4. §. 5.* nihil tamen prohibet, quominus quasi quosdam gradus affinium numeremus; sic enim & Paulus loquitur *l. 10. pr. d. tit.* dicamusque, quo gradu quispiam est cognatus marito, eo gradu esse affinem uxori & quasi cognatum, & contra. Veteres canones etiam genera affi- 2
nitatis numerant, eaque tria: ut ecce: Uxoris meæ filius mihi est in primo genere affinitatis, illius uxor in secundo genere: mortuo privigno meo, si illa nubat Titio, hic mihi erit in tertio genere affinitatis: sic uxoris meæ frater mihi est in primo genere affinitatis; uxor illius in secundo: quæ si mortuo marito alteri nubat, is mihi erit affinis in tertio genere. Non obstat quod Papinianus respondet *in l. 15. hoc tit.* uxorem quondam pri-

vigni conjungi matrimonio vitrici non oportere. Hoc enim non eam rationem habet, quòd affines sunt; sed quòd honestas & pudor naturalis non patiatur, mecum matrimonio jungi uxorem ejus, qui mihi aliquando filius seu loco filii fuit propter matrem, quam in matrimonio habui. Similis quædam prohibitio est in *leg.* 14. *pr. eod.* Nascitur affinitas ex unione viri & uxoris, qui cùm matrimonio juncti unum fiant, necesse est vinculo isto etiam utrinque cum iis connecti ipsorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus est marito, fieri uxori affinem & quasi cognatum: & ex contrario, quo gradu quis uxori cognatus est, eodem fieri affinem & quasi consanguineum marito; exempli gratia: in linea recta quia uxor mea uno gradu distat à patre suo, ab avo duobus, ego quoque à socero uno gradu, à prosocero duobus distabo: idemque de cæteris tum ascendentibus tum descendentibus statuendum. In linea transversa, quia maritus à fratre suo duobus gradibus distat, totidem distabit uxor à leviro. Quod ipsum quoque dicendum est de glore, sororio, fratria. Item quia uxor mea à patruo suo vel avunculo tribus gradibus dissidet, ego quoque à soceri fratre vel sorore totidem gradibus abero; & sic deinceps. Videamus nunc quidnam gradus affinitatis prohibiti, & anne idem omnes, qui & cognationis.

4 In linea recta eadem jure civili prohibitio in affinitate, quæ in cognatione. Itaque nec socer nurum, nec socium gener, nec vitricus privignam, nec privignus novercam ducere potest; *l.* 14. §. *ult. hoc tit. l. nemini* 17. *C. eod.* quod & Justinianus *hoc & seq.* §. docet prohibitionis hanc rationem afferens, quòd invicem parentum & liberorum loco sunt; cui proinde consequens est, nec inter prosocerum & pronurum, nec inter vitrici patrem & proprivignam, & sic porro, nuptias licitas esse;
5 *d. l.* 14. §. *ult. Levit.* 18. *vers.* 8. 15. & 17. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & moralem, evincit locus Apostoli 1. *ad Cor.* 5. ubi tale stuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Et M. Tullius *in orat. pro Cluent. c.* 6. cùm socrum genero nupsisse narrasset, subdit; *O mulieris scelus incredibile, & præter hanc unam, in omni vita inauditum!* atque in hoc quoque nobis assentiuntur plerique Pontificiorum, Covar. *de matrim. p.* 2. *cap.* 6. §. 10. *num.* 19. In linea transversa æquali, neque frater uxorem defuncti fratris ducere, nec vicissim soror marito sororis nubere potest, nec maritus cum sorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi, quoniam affinitate inter se sunt facti fratres & sorores; *l.* 5. *l. pen. & ult. Cod. de inc. nupt.* facit *d. cap. Levit.* 18. *vers.* 16. Quo loco cùm fratris cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque censeri debet sororis cum marito sororis suæ conjunctio, ex ratione, quam affert Moses, quia inquit, fratris tui pudenda sunt: quod nihil aliud declarat, quàm quia uxor fratris tui est, ut jam affinitate tu illi frater, illa tibi soror facta sit, quos conjungi naturæ honestas non patitur. In transversa affinitatis linea inæqual Dominus expressè apud Mosen, *d. cap. vers* 14. vetat conjungi fratris filium cum uxor defuncti patrui; cui consequens est: 1. nec so roris filium cum uxore defuncti avunculi con jungi posse. 2. nec patruum aut avunculur cum uxore filii fratris sororis. 3. nec amitar aut materteram cum marito filio fratris au sororis. Sed an æquè ex consequenti prohibi tæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amit aut matertera uxoris suæ, aut cum fratris ve sororis suæ, sive leviri aut gloris filia; non nulli dubitant, propterea quòd hæc conjuncti non videtur tam longè recedere ab honestat & verecundia, quàm præcedentes illæ. Minu enim, ajunt, verecundum est patruum meur cum ea, quæ mihi aliquando uxor fuit, con suescere, & duos consanguineos cum eade misceri, quàm illum, qui amitam meam i matrimonio habuit, jungi cum sorore me & unum successivè cum duabus consanguineis Atque ut putet aliquis, ordini naturæ mini convenire ut quis ducat & maritali imperi subjiciat amitam aut materteram uxoris su quòd istæ illi loco parentum sunt, hanc t men rationem cessare in filia leviri aut glori At enimverò si in universum spectamus ca sam, ob quam nuptiæ in prædictis omnib affinitatis gradibus prohibentur, videlic quia vir & uxor in unum corpus coalescen non amplius duo sunt, sed una caro; in u versum etiam dicendum videtur, eosdem g dus affinitatis prohibitos censeri debere, prohibiti sunt in cognatione: & proposit nem illam *Levit.* 18. 6. *Ad proximam sang nis sui nemo accedat*; etiam ad affines, pro consanguineis sunt, pertinere, & tam tè patere, quàm latè patet prohibitio ir sanguine junctos. Basilius *in epist.* ad Dio rum.

Planè ut non æquè graviter omnes pecc nec puniendi sunt, qui prohibitam in or cognatorum ducunt, sed levius qui ex tr versa, gravius, qui ex recta linea uxorem munt: ita etiam gravius delictum est, ex r

affinitatis linea, quàm ex transversa uxorem
6 sumere. Sunt verò etiam hæc interdicta, quæ affines transversæ lineæ spectant, moralia & perpetua juris. Neque enim Deus gentes ob singula facta cum singulis interdictis pugnantia punivissent, nisi in singulis peccassent contra jus naturæ. Notentur particulæ universales, quibus singulos casus designat legislator, cùm idcirco gentes punitas subjicit. At enim, inquies: si lex de non ducenda fratria *Levit.* 18. 6. perpetuam & naturalem causam prohibitionis habet, qui fit, quòd fratria certo casu duci jubetur? *Deut.* 25. 5. Jus enim naturale est immutabile. Respondent doctiores Theologi: Jus naturale duplex esse; unum tale; ut absolutè in se ac essentia sua æquum & justum sit, quicquid eo continetur, ac proinde prorsus immutabile, alterum, quod æquitatem & justitiam continet in rerum natura sola Dei voluntate impressam, ut à creatura naturæ ductu approbaretur: ac posterius hoc jus uti à legislatoris voluntate dependet, ita & per eam aliquando ex causa peculiari mutari; sic quamvis jus naturæ vetet suum cuiquam auferre, Deum tamen de isto jure dispensasse, *Exod.* 12. 35. 36. quum Israelitis mandaret, ut Ægyptiis sua auferrent. Atque ita etiam forte Deus in Sanctis olim quædam matrimonia concesisit propter sancti generis paucitatem. Eademque ratio est legis de fratria certo casu ducenda, excitandoque fratri sine sobole defuncto semine; videlicet ut in nomen primogeniti conservaretur familia, & primogenita Christi numquam intermoritura significaretur. Augustin. *q.* 61. *in Levit.* Quare juris Pontificii Interpretes asserunt, impedimenta hujusmodi non ita constringere in lege Evangelica, sicut in Mosaica, atque inde monet Sanchez *de matr. lib.* 8. *disp.* 6. *num.* 11. *& seqq. & lib.* 7. *disput.* 52. *num.* 6. *& seqq.* nullos gradus consanguinitatis & affinitatis *Levit.* 18. hodie esse prohibitos jure divino, nisi qui aliàs prohibiti sunt jure naturæ primævo; & consequenter Pontificem in omnibus illis
7 dispensare posse. Apud veteres Romanos, ut hoc quoque obiter dicam, non videtur, transversa affinitatis linea prohibitionem habuisse: idque exemplo doceri potest, quod afferunt M. Tullius *lib.* 1. *de divin. cap.* 46. & Valer. Maximus *lib.* 1. *cap.* 5. de Metelo, qui mortua uxore Cæcilia, filiam sororis Cæciliæ in matrimonium duxit: quod tamen neuter eorum ut novum refert. Quamvis autem aliquis dubitet, an hoc locum habuerit in hac linea in universum, puta si frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii frattis aut sororis, vel contra filius fratris aut sororis uxorem patrui aut avunculi ducere voluisset, tamen ego crediderim, apud Romanos jura affinitatis morte unius è conjugibus pro extinctis habita fuisse: utique si liberi ex eo matrimonio non superessent. Nam apud Plutarchum legimus, Marcum illum Crassum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxisse: neque hoc tamquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis eam dissolvi voluerunt; salva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas personas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, *arg. hujus & seq.* §. adeoque eadem fere ratio affinitatis fuit, quæ adoptionis, qua & ipsa soluta, nuptiæ non impediuntur, nisi ob solam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerunt. Neque enim dubito quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris amitam adoptivam, soluta per emancipationem adoptione, ducere potuerit, cùm nuptiæ etiam cum sorore adoptiva dissoluta adoptione consisterent, §. 2. *sup.* Sed profectò magnum discrimen est inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum est; affinitas verò etiam causam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis solutis adhuc permanet, quò pertinet illud Pontificis in *c.* 1. *cap.* 35. *q.* 1. *Uno defuncto, in superstite affinitatem non deleri.* Vinn. Conjectura Vinnii quod Jura adfinitatis morte unius conjugis extincta sint, nihil est verius. Confirmant illam non. solùm exempla à Vinnio & postea à V.C. Bern. Henr. Reinoldo *Var. cap.* 24. *p.* 196. *seq.* adducta, verùm etiam edictum Constantini, Constantis & Juliani *l.* 2. *C. Th. de incest. nupt.* quo primum id mutuatum. Ubi adde Gothofr. *Tom.* 1. *pag.* 296. Hein.

Quia utræque filiæ loco) Regula juris civilis est, eos, qui in numero parentum aut liberorum sunt, conjungi matrimonio non posse; *l. nuptiæ* 53. *hoc tit.* cui regulæ locus est non tantùm in cognatione, sed etiam in affinitate: *l.* 14. §. *ult. eod.* Et quamvis jure civili, ut supra diximus, id tantùm obtinuisse videatur in recta affinitatis linea ob reverentiæ cujusdam & honestatis respectum; qui cessat in iis, qui ex transverso gradu invicem affines sunt; tamen & alias esse hujus prohibitionis causas, de quibus paulo ante diximus.

Si fuit nurus sua) Ergo dissoluta demum affinitate huic prohibitioni locus est; quod & disertè exprimitur in §. *seq.* ibi; *dissoluta demum affinitate.* Qui locus conjecturam no-

ſtram adjuvat, mortem unius è conjugibus affinitatem diremiſſe; ſed ob perſonarum venerationem & pudorem naturalem nuptias nihilominus interdictas fuiſſe inter eos, qui affinitate parentes & liberi fuerant. Utique cauſam prohibitioni dedit ante contracta affinitas.

Eadem duobus nupta) Unam apud plures nuptam eſſe, diametro pugnat cum recta ratione; quia (ut alia omittam, quæ dictu fœda) officit procreationi liberorum, qui principalis matrimonii finis eſt. Neque apud ullam gentem licitum unquam fuiſſe legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nuberet. Tertull. *adversùs Marc. Manente matrimonio nubere adulterium eſt.*

Duas uxores eodem tempore) Duas aut plures uxores apud unum nuptas eſſe multi putant non pugnare cum naturali ratione, cùm apud pleraſque gentes id licitum fuiſſe legamus; adeoque ipſe Deus hanc polygamiæ ſpeciem populo ſuo permiſerit. Sed non deeſt quod reponatur. Vide quæ dixi ſub §. 1. *ſup. de patria pot.* Utut eſt; conſtat ex iis, quæ à Chriſto dicuntur apud *Matth.* 5. 32. & 19. 9. *Marc.* 10. 4. *Luc.* 16. 18. & quæ ſcribit Paulus 1. *Cor.* 7. polygamiam in Republica Chriſtiana non eſſe tolerandam: quæ etiam multis gentibus improbata fuit. Raræ binæ ſimul in Occidente nuptiæ. Neque enim apud Romanos tantùm conſtitutum fuit, ne quis binas eodem tempore uxores haberet, ſed etiam apud Græcos, & jam tempore Cecropis Athenienſium Regis, vide Pet. Fabr. 2. *ſemeſtr.* 1. Germanos quoque noſtros ſingulis uxoribus contentos fuiſſe, ſcribit Tacitus *de morib. German. cap.* 18. Sed & plures alias gentes virum unicæ mulieri copulaſſe teſtatur Dion. Halicarn. *lib.* 2.

TEXTUS.

De ſocru & noverca.

7. *Socrum quoque & novercam prohibitum eſt uxorem ducere: quia matris loco ſunt. Quod & ipſum diſſoluta demum affinitate procedit: alioquin ſi adhuc noverca eſt, id eſt, ſi adhuc patri tuo nupta eſt, communi jure impeditur tibi nubere: quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc ſocrus eſt, id eſt, ſi adhuc filia ejus tibi nupta eſt; ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.*

NOTÆ.

7. *Duas uxores*) Bigami pœna capitalis eſt, Theophil. ὑποκείσεται τῷ τῆς μοιχείας ἐγκλήματι 60. *Baſil.* 37. *cap. pen.* & rectè, nam ut ait Tertull. *adv. Marc. Manente matrimonio nubere adulterium eſt*, fac *l.* 18. *C. ad leg. Jul. de adult.*

COMMENTARIUS.

HUjus §. & ſuperioris eadem planè eſt ſententia, ut nova explicatione non indigeat.

TEXTUS.

De comprivignis.

8. *Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium rectè contrahunt: licèt habeant fratrem ſororemve ex matrimonio poſtea contracto natos.*

8. *Mariti filius ex alia uxore*) Titius cum haberet filium ex conjuge defuncta, Semproniam uxorem duxit, quæ ex priore matrimonio filiam habebat. Quær. An inter filium Titii & filiam Semproniæ nuptiæ conſiſtant? R. Conſiſtere. Ratio eſt. Quia nulla eſt inter comprivignos affinitas, utpote quæ ultra perſona matrimonio junctas non extenditur. Weſ.

Rectè contrahunt) *l.* 34. §. *pen. D. hoc tit. l.* 134. *pr. de verb. oblig.* neque *Levit.* 18. *verſ.* 11. prohibentur nuptiæ ἀλληλοτρογόνων, ſed fratris, & ſororis ὁμοπατρίν ſive conſanguineæ.

COMMENTARIUS.

COgnati perſonarum, quarum interven & copula contracta eſt affinitas, inter nuptias contrahere non prohibentur. Et rat eſt perſpicua. Quia inter eos nulla eſt affi tas, utpote quæ ultra perſonas conjunctas n extenditur: hoc eſt, cognati quidem uxo marito ſunt affines, & contra cognati ma affines uxori; ſed ipſi cognati utriuſque n ſunt inter ſe affines: alioqui ſimulacrum c nationis latius pateret quàm ipſa cognat *l.* 34. §. *pen. hoc tit. l.* 134. *pr. de verb. ob* Hinc igitur eſt, quòd inter comprivignos c trahi nuptiæ poſſunt, quòd pater & filius trem & filiam, duo fratres duas ſorores d re non prohibentur. Quamquam hic rectè cturos arbitror, qui magis id quod honeſ eſt, quàm quod licet, inſpicient, ne c cognationis, cujus imago eſt affinitas nim perturbetur: quod fit ſi verbi cauſa, pate liam, filius matrem uxorem ducat. Putave quidam nuptias comprivignorum vetari *L.* 18. 11. Ant. Matth. *in not. hic*, & D. C

Reg

Regn. *in cens. Belg.* Sed perspicuus error est. Illic enim non comprivignorum, ἀλληλοπριγόνων, sed fratris & sororis consanguineæ, id est, ab eodem patre ex alia & secunda uxore susceptæ prohibentur nuptiæ: de qua conjunctione nihil dictum erat *vers. 9.* ubi prohibentur nuptiæ sororis germanæ, & uterinæ dumtaxat. Verba Mosis sunt: *Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, & est soror tua, non revelabis.* In versione LXX. est, ὁμοπατρία ἀδελφή. Vinn. Sed error tamen non adeò perspicuus videtur. Quum enim in fontibus legatur מולדת participium activum non passivum מולדת vix potest textus aliter verti quàm hoc modo: *Non deteges turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quæ peperit patri tuo, tanquam sororem tuam.* Hein.

Licèt habeant fratrem, sororemve) Communi fratre aut sorore ex novo parentum matrimonio postea susceptis videri poterant arctius privigni conjungi; attamen ne id quidem nuptias eorum impedire, Papin. respondit *lege generali* 34. §. 2. *hoc titulo.*

Textus.

De quasi privigna, quasi nuru, & quasi noverca.

9. Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreavit; hæc non est quidem privigna tua: sed Julianus ab hujusmodi nuptiis abstineri debere ait. Nam constat, nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse: rectius tamen & jure facturos eos, qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint.

Notæ.

7. *Uxor tua post divortium*) *Ex l. 12. §. 1. 2. & 3. D. hoc tit.* Vix est, ut hujusmodi casus non existat. Sed & pridem apud Romanos desierunt bona gratia matrimonia dissolvi. De jure, quod antea obtinebat, Augustin. 1. *ad Valer. de nupt. & concup.* 10. *& de bon. conjug.* 8.

Non est privigna) Ratio ex notatione verbi. Privignus enim dictus, quòd prius quàm mater secundo nuberet, genitus est. Fest. Græcis πρόγονος.

Abstineri debere) Propter honestatem, quæ in conjunctionibus spectatur; *l. 42. D. hoc tit.* ἐν τοῖς γάμοις οὐ μόνον τὸ ἐπιτετραμμένον ζητοῦμεν, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπές, ut ajunt Interpretes canonum. Quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Fabrot.

Nec sponsam filii nurum) Propria sponsa non est uxor; *leg. 12. §. 1. & 2. hoc tit.* Impropriè tamen appellatione uxoris sponsam quoque accipimus; *l. 6. l. 8. D. de grad. & affin.* Est enim sponsa quasi uxor, & sponsus quasi maritus. Tertull. *de vel. virgin. Desponsata enim quodammodo nupta.*

Commentarius.

1 *Sponsalibus propriè non contrahi affinitatem.*
2 *Ex illegitima etiam conjunctione affinitatem nasci.*

Superius dictum est, privignam tibi loco filiæ esse, eo quòd mater tibi nupta est, nec posse te eam uxorem ducere, licèt morte matris aut alio modo rite solutum sit matrimonium. Quæritur igitur. Si uxor tua post divortium alteri nupserit, & ex eo filiam procreaverit; an ne eam quidem uxorem ducere possis? Ratio dubitandi, quia non est privigna tua, utpote genita postquam mater secundo nupsit. Nam ut Festus scribit; *Privignus enim dictus est, quòd prius genitus sit, quàm uxor secundo nuberet*, (Græcis πρόγονος,) aut si rem mavis quàm notationem inspicere, nulla tibi affinitate conjuncta unquam fuit; quoniam nondum nata erat, cùm matrem in matrimonio haberes. Sed tamen ab hujusmodi nuptiis abstinendum esse rectè placuit; *l. 12. §. 3. hoc tit.* ob consuetudinem, quæ mihi cum matre fuit.

Nam constat, nec sponsam filii) Nudis spon- 1
salibus propriè non contrahitur affinitas, sed nuptiis dumtaxat. Sponsalia enim nihil aliud sunt, quàm mutua futurarum nuptiarum repromissio; *l. 1. de sponsalib.* quam liberè liceat infringere; *l. 6. d. tit. l. 1. C. eodem*, ac proinde, verbi causa, sponsa filii mei nurus mea non est, nec patris sponsa propriè noverca; *l. 12. hoc tit.* Quid est igitur, quod Jurisconsulti respondent, nomine affinium etiam futuros conjuges comprehendi; *l. 6. l. 8. de grad. & affin. l. 3. l. 4. de leg. Pomp. de parr. l. 13. §. 3. ad leg. Jul. de adulter.* Nempè id minus propriè dici constat, & locum habere cùm sponsalia adhuc durant, & spes est fore, ut matrimonium prope diem sequatur: solutis autem sponsalibus, & spe nuptiarum penitus sublata, nulla amplius intelligitur affinitas, de qua specie agitur hoc nostro §. & *d. l. 12.* ac solùm honestatis causa nuptiæ inter personas enumeratas prohibentur, eòque pertinent; *l. semper 42. hoc tit. l. semper 197. de regul. jur.* Igitur quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Argumentatur autem Justinianus

nus à comparatione minorum. Et ita profecto est, ut mihi multo minor sit cum sponsa filii mei necessitudo, quàm cum illa quasi privigna: quippe cujus matrem in matrimonio habui: ex qua forte & liberos, qui illi fratres sunt, suscepi: At sponsam filius meus numquam attigit, ac fortassis ne vidit quidem: ut hic sola honestas causam prohibitioni præbeat, illic etiam corporum commixtio, quæ præcipuè in hoc negotio respicitur, & à Mose detectionis nomine honestè significatur. De eo ambigitur, an etiam ex illegitima conjunctione contrahatur affinitas? Sed dicendum est contrahi. Nam si ex quovis coitu, quantumvis illegitimo, nascatur cognatio, cur non etiam affinitas intelligatur? Sic certè à cognatione, quæ ex contubernio servorum descendit, affinitatem servilem Paulus arguit: *l.* 4. *C. eod.* aut in concubinatu habere; *leg.* 1. §. 3. *de concubin.* Quod autem Modestinus respondit, *l.* 4. §. *sciendum* 8. *de grad. & affin.* affinitatem nonnisi ex justis nuptiis oriri, de plena & perfecta affinitate intelligendum esse, vel ex eo liquet, quod eodem loco scribit, nec cognationem extra nuptias conjungi, contra quem ipse definit §. 2. *ejusdem l.* 4. Atque ita sentiunt Juris Canonici Interpretes, dum ex sponsalibus validis de futuro & ex concubitu illegitimo inducunt impedimenta dirimentia, quæ vocant justitiæ publicæ honestatis.

TEXTUS.

De servili cognatione.

10. *Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater & filia, aut frater & soror manumissi fuerint.*

NOTÆ.

10. *Serviles cognationes*) *Ex l.* 14. §. 1. *D. hoc tit.* idemque observatur & in servilibus affinitatibus; *d. leg.* 14. §. 2. Nam in nuptiis naturale jus, & pudor inspicitur *d. l.* 14. §. 2. aliàs non facilè ulla servilis videtur esse cognatio: *l.* 1. §. 1. *D. unde cogn.*

Manumissi) Nam servorum inter se nullum matrimonium est. Utique tamen nec servile contubernium inter has personas permissum. Wes.

COMMENTARIUS.

SI ex quavis etiam illegitima consuetudine nascitur cognatio, quæ nuptiis impedimento sit; *l. nuptiis* 57. *& seq. hoc tit.* consequens est, etiam ex servorum conjunctione cognationem hujusmodi nasci; *l.* 14. §. 2. *eodem.* Semper enim in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. Natura autem omnes homines æquales sunt: adeoque quod in cognationibus servilibus constitutum est, etiam id servilibus affinitatibus observatur; *d. l.* 14. §. 3.

Manumissi fuerint) Hoc non ita accipiendum est, quasi ante manumissionem patri filiam aut fratri sororem in contubernio habere liceat; sed ideò additum, quia de nuptiis hic quæritur, quas constat, inter personas serviles non consistere de hoc jure. Plane quia servi ob conditionis vilitatem digni non habebantur, quos lex observaret, ideò nec leges, quibus pœna incestus aut adulterii constituta est, ad servos pertinere existimantur: ut proinde nec eadem severitate ob incestum aut violatum contubernium coercendi sint, qua cives Romani & legum nexu juncti; *l.* [illegible] *ad leg. Jul. de adult. l. servi* 23. *l. quæ adulterium* 29. *C. eod.* Atque hoc est, quod Paulus scribit *l.* 10. §. 5. *de grad.* serviles cognationes ad leges non pertinere. Jure pontificio etiam inter servos matrimonium est, *cap.* 1 *x. de conjug. serv.*

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

11. *Sunt & aliæ personæ, quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex jure veteri collectarum enumerari permisimus.*

COMMENTARIUS.

SUnt & aliæ personæ) Quales sunt tutor vel curator, liberive eorum, qui cum pupilla vel adulta nuptias contrahere volunt, ne videlicet eo pacto rationum redditio intervertatur; *l. tutor* 36. *& seqq. l. senatusconsulto* 59. *& seq. hoc tit. l.* 1. *& passim C. de interd. matr. inter pup. & tut.* Item præses, vel qui officium in provincia administrat, provincialem uxorem ducere prohibetur; *l. si quis* 38. *l. qui in provincia* 57. *hoc tit. l. un. C. si qua. præd. pot.* Lege quoque Julia vetatur senator ducere libertinam, aut eam quæ ipsa, cujusve pater artem ludicram fecerit; *lege Julia* 44. *hoc tit.* Quæ cùm hodie non obtineant, non est operæ pretium plenius persequi; vid. Rittersh. *lib.* 1. *diff.* 20. *num.* Zipæ, *not. jur. Belg. de sponsal. pr.* Groenew. *de ll. abrog. C. si quac. præd. pot.*

TEX-

Textus.
De pœnis injuſtarum nuptiarum.

12. *Si adverſus ea, quæ diximus, aliqui coierint; nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu naſcuntur, in poteſtate patris non ſunt: ſed tales ſunt (quantum ad patriam poteſtatem pertinent) quales ſunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur: quum & iis pater incertus ſit, inde ſolent* Spurii *appellari* παρα την σποραν, *&* ἀπάτορε, *quaſi ſine patre filii. Sequitur ergo, ut diſſoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus ſit. Qui autem probibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ ſacris conſtitutionibus continentur.*

Notæ.

12. *Nec vir nec uxor.* Sunt enim hæc *ἴστεμα τοίματα*, juſti conjugii nomina. Pœna igitur communis omnium injuſtarum conjunctionum eſt, quòd ipſo jure tales nuptiæ nullæ ſunt: ſicut nec cætera conſiſtunt, quæ contra leges fiunt; *l. 5. C. de legib.* Vinn. Sanctionem hanc ex lege Papia Poppæa eſſe, pridem obſervarunt Merill. *Obſerv. lib. 5. cap. 11.* & Jac. Gothofr. ad *leg. Pap. Popp. cap. 4.* Attamen hæc lex quamvis injuſtas pronuntiaret nuptias contra leges contractas, eaſdem tamen non reſcindebat. Hinc nec vir nec uxor quidem intelligebatur, ſed tamen non divellebantur. Dos non intelligebatur, ſed ea tamen non niſi mortua muliere caduca fiebat. Ulpian. Fragm. *tit. 16. §. ult.* Primùm ergo Oratione D. Marci cautum, ut inter hujuſmodi perſonas nec nuptiæ eſſent, *l. 16. pr. ff. de R. N. l. 3. §. 1. de donat. int. vir. & ux. l. 42. §. 11. ff. de R. N.* Ex eo ergo tempore hujuſmodi uxor ne retineri quidem poterat. Hein.

Nec dos) Matrimonium quidem ſine dote eſſe poteſt, at dos eſſe non poteſt ſine matrimonio; *l. 3. D. de jur. dot.*

Quantum ad patriam poteſtatem) Comparatio natorum ex illegitimo matrimonio cum vulgo conceptis, quantum attinet ad patriam poteſtatem. In hoc ſpuriorum & injuſtorum liberorum par eſt conditio, quòd ſicut ſpuriis pater incertus eſt; ita qui naſcuntur ex injuſto coitu, patrem non habere credantur, quoniam licet patrem demonſtrare poſſint, eum tamen habent, quem habere non licet; *l. 23. D. de ſtat. hom.*

Cum & iis) Cujac. legit. *Cùm & is pater incertus ſit.*

Quaſi ſine patre) Non quòd ſine patre ſint; ἄνευ δὲ πατρὸς τέκνον οὐ χρὴ ποτ' ἂν, ait Euripid. ſed quoniam vulgivaga Venere natis pater incertus eſt. *Spurius* apud Romanos eſt proprium & primum nomen, ſicut *Sextus*, *Decius*, &c. iiſdemque notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quæſitos deſignabant, niſi quòd illud ita notabant SP. hos S. P. interpoſito puncto. Hinc ex joco natum, ut vulgo concepti *Spurii* dicerentur; Plutarch. *quæſt. Rom. cap. 11.* Vinn. Neſcio an huc referenda ſit elegans Inſcriptio apud Grut. p. CCCCXXXIV. 4. ubi C. *MAMERCIUS IANUARIUS* dicitur SP. F. Non poſſunt hæ litteræ legi *SPURIUS FILIUS*, uti viſum eſt Scaligero in Indice, quia non erat vulgo quæſitus, ſed P. PACCI JANUARII FILIUS NATURALIS, ut ex ipſa inſcriptione patet. E concubinis verò nati Spurii non dicebantur, nec parentes hoc vocabulum adſcripſiſſent filio, in dignitate conſtituto, *Ædili*, *Prætori*, *Duumviro*, & *Quæſtori iterum.* Neque hæ litteræ legi poſſunt *Spurii filius.* Pater enim naturalis dicebatur Publius, non Spurius. Conſequens ergo eſt, ut veteri more à Plutarcho obſervato vocetur S. P. FIL. id eſt, ſine Patre filius. Hein.

Commentarius.
Nota.

Quæ huic deſunt Commentario, Sanctæ Fidei Tribunalis auctoritate, omituntur.

1. *Extra nuptias quæſitos omnes quoad patriam poteſtatem pro vulgo conceptis & ſpuriis haberi.*
2. *Dotis aut donationis nomine ob injuſtas nuptias data, caduca fieri.*
3. *Probibitarum nuptiarum pro varietate negotii & circumſtantiarum varias eſſe pœnas.*

Quantum ad patriam poteſtatem) Comparatio eorum, qui ex injuſto matrimonio nati ſunt, cum iis, quos mater vulgo concepit, quoad patriam poteſtatem, cujus ſolius rei gratia hic de nuptiis quæritur, & neutri de hoc jure quoad hunc effectum patrem habere intelliguntur: quoniam nemo, reſpectu eorum, qui ſunt juris civilis, filius intelligitur, niſi qui ex viro & uxore natus eſt; *l. 6. de his qui ſui vel alien. jur.*

Quum & iis pater incertus ſit) Hæc verba non 1
obſcurè innuunt, non tantùm vulgo quæſitos incertum habere patrem, ſed etiam eos, qui ſunt ex injuſtis nuptiis procreati. Et vulgo quidem conceptos patrem demonſtrare non poſſe certum eſt. Unde Diogenes conſpicatus meretricis filium lapidem in turbam hominum conjicientem; *Cave*, inquit, *ne patrem ferias.* At nati ex ea, quæ cum uno tantùm licet illicitè rem habuit, non videntur dici poſſe habere

habere

bere incertum patrem; quod & verum est. Sed tamen, quantum ad patriam potestatem attinet (quod ideo etiam nominatim expressit Justinianus hic) non modò vulgativa Venere concepti patrem habere non intelliguntur; verùm etiam omnes, qui extra nuptias quæsiti sunt, licèt patrem demonstrare possint, ex incerto tamen patri nati dicuntur, & pro vulgo quæsitis spuriisque habentur; *l. vulgo* 23. *de stat. homin. l.* 3. *Cod. solut. matrimonio.*

Παρὰ τὴν σποράν) Apud Theophilum est, quasi σποράδην, id est, *sparsim, vulgo, promiscuè* concepti, quod magis probo cum Wesemb. & Hotom. Aliam hujus nominis rationem affert Plutarch. *in quæst. Rom.* 11. Scribit enim, hanc appellationem inde natam esse, quòd Romani iisdem notis & prænomen *Spurius* & vulgo quæsitos designabant, nisi quòd illud ita notabant SP. hos S. P. interposito puncto tamquam *sine patre.* Atque hinc est quod Hotom & Wesemb. pro eo, quod vulgo legitur ἀπάτορες, *quasi sine patre filii*, substituerunt *quasi S. P.* i. e. *sine patre filii*, quomodo & Theophilus legisse videtur.

2 *Nec dotis, nec donationis*) Quod dotis aut donationis propter nuptias ob injustum conjugium datum est, caducum fit, id est, fisco vindicatur; *lib.* 4. *auth. incestas, Cod. de inc. nupt. l. necesse* 52. *l. dote* 61. *hoc tit. l. cum hic status* 32. §. *ult. de donat. inter vir. & uxor.* Præterquam si qui aut errore acerrimo, non affectato, neque ex levi causa decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi; *d. leg.* 4. *C. de inc. nupt.* In fœminis etiam error juris excusatur, sed positivi dumtaxat; eoque referimus *l.* 1. *Cod. de cond. ob caus. dat. l.* 7. *C. de donat. inter virum & uxor. l.* 2. §. 2. *de his quibus ut indign.* add. Sich. *in d. l.* 4. Christin. *volum.* 1. *decis.* 337. *& volum.* 3. *decis.* 129. *num.* 6.

3 *Et alias pœnas*) In magna delicti varietate variæ quoque pœnæ constitui debuerunt. Plurimum enim refert, an quis prohibitas juris gentium nuptias contraxerit, an jure civili dumtaxat: sciverit, an ignoraverit; in facto erraverit, an minor. Vid. *l. ult. hoc tit. l.* 4. *l.* 6. *cum auth. seq. C. de inc. nupt. Nov.* 12. *l. unic. C. si quac. præd. pot.* quæ multam irrogat pecuniariam; infamiam *l. pen. C. de interd. matrim.* cum infamia pœnam stupri; *l.* 18. *C. de adult. si adulterium* 38. *pr.* §. 1. *& seqq. eod.* & ibi Bart. & DD. add. Gloss. & DD. *ad hunc locum* Covarr. *de matrim. p.* 2. *c.* 6. §. 8. Christin. *volum.* 3. *decis.* 129. Damhoud. *prax. crimin. cap.* 94.

TEXTUS.

De legitimatione.

13. *Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim, ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, postea redigantur in potestatem patris: qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur: nec non is, qui à muliere libera procreatus, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.*

NOTÆ.

13. *Qui dum naturalis*) Natus ex concubina, non ex stupro, scorto, aut conjunctione legibus vetita; *l.* 44. *C. de Episc. & Cler. Nov.* 74. *cap.* 6. Balsam. *ad synod. Laodic.* in quo errat Theophil. Nam concubina legibus cognita non est meretrix.

Postea curiæ datus) In curiam cooptatus, curialis factus; *l.* 9. *C. de nat. lib.* Modus hic legitimandi manat ex constitutione Theodosii; *l.* 3. *C. eod.* & Leonis: *l.* 4. *eod.* deque eo latius agit Justinian. *Nov.* 89. *cap.* 2. *& sequent.* Causam præbuere onera curialium Theophylact. *in Marc. cap.* 15. Sozom. 1 *cap.* 8.

A muliere libera) Id est, ingenua; *l.* 10. *C. d. tit.* Idem tamen est, si est libertina vel ancilla; *Nov.* 18. *c. ult. Nov.* 89. *c.* 8. Cujac.

Dotalibus instrumentis) Id est, *nuptialibus*, in *d. l.* 10. & alibi sæpe. Tabulas autem necessarias esse arguunt quotquot sunt loci, in quibus de hac specie legitimationis agitur. In constitutionibus Græcis appellatur, διὰ προικῴων γραμμάτων.

Quod & aliis liberis, qui postea) Cujac. legit; *Quod, si alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c.* ut sit sensus; Liberi antea susceptos à Justiniano æquari postea natis, ut posteriores in hæreditate patris potiores non sint, sed una eademque lance trutinentur; ut est in *d. l.* 10. Malim tamen legere cum Hotom. *Quod, & si alii liberi nulli eodem matrimonio fuerint procreati*, &c. §. *inf. de hær. quæ ab intest.* de quo dubitatum fuit propter *d. l.* 10. constat ex *l.* 11. *C. eod.* ubi hæc quæstio deciditur. Ut ut est, beneficio Principali non indigent, qui ex justis nuptiis procreati sunt. Introduxit postea Justinianus

nus & tertium legitimationis genus per rescriptum Principis; *Nov.* 74. *cap.* 2. *Nov.* 89. *cap.* 9. & 10. VINN. Nec Cujacii nec Hotomanni conjectura rem extricat. Eam expedivit amplissimus Corn. Vanbynkersh. *Obs.* 2. 11. rescribi jubens: *Quod ut aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.* Et ita hic §. planè congruit *legi* 10. *Cod. de naturalibus lib.* ad quam Justinianus hic respicit. HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Objectum legitimationis esse liberos naturales, nec tamen omnes, qui ita appellantur, aut appellari possunt.*
2 *Speciem legitimationis per oblationem curiæ ab usu recessisse.*
3 *An nepos ex filio naturali per subsequens matrimonium avi, defuncto patre, avo fiat legitimus.*
4 *Legitimationem jure civili non procedere, nisi intervenientibus instrumentis nuptialibus; secus jure Canonico, quod mores hodierni sequuntur.*
5 *Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos justum non haberi sine dispensatione.*
6 *De legitimatione per rescriptum Principis.*

TRansit hic Imp. ad alterum modum constituendæ patriæ potestatis: quæ legitimatio dicitur, eo quòd liberi extra nuptias suscepti hoc modo efficiuntur legitimi, & patris potestati subjiciuntur. Species legitimationis tres sunt; nam aut per curiæ oblationem fit; aut per subsequens matrimonium; aut denique per rescriptum Principis: quarum duæ priores hic tantùm proponuntur: tertius enim modus est ex legibus novellis. Sunt qui quartam speciem adjiciunt, Gudel. *lib.* 1. *de jur. noviss. cap.* 16. Perez *ad tit. Cod. de nat. lib. num.* 16. Nominationem filii in testamento aliove instrumento habente subscriptionem trium testium à patre factam; *Nov.* 117. *cap.* 1. *unde auth. si quis, C. de nat. lib.* Sed ea probatio potius est matrimonii, & præsumptio pro liberis, non quòd facti, sed quòd nati sint legitimi; quàm proprius modus legitimandi.

1 *Qui dum naturalis*) Objectum legitimationis sunt liberi naturales: non omnes tamen qui ita appellantur, aut appellari possunt. Nam primùm huc non pertinent liberi ex justo matrimonio nati, qui & ipsi nobis naturales sunt, & ita appellari solent, quando adoptivis opponuntur; *pr.* & §. *sed si* 7. *tit. seq.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. l. si pater.* 29. *l. non potest* 31. *de adopt.* Plerumque autem naturales liberi dicuntur, qui non sunt nati ex legitimo matrimonio; *tot. tit. C. de nat. lib.* Cæterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia est. Matri omnes sunt naturales, etiam ex illicitis & incestis nuptiis procreati; etiam vulgo quæsiti, qui & matri succedunt ex S. C. Orficiano, §. *pen. infr. de sen. Orf.* Patri illi dumtaxat, qui ex concubina suscepti; *arg. hujus* §. *DD. in l. pen. de concub.* post Gloss. *ibid.* Quod autem iidem DD. requirunt, ut mulier specie uxoris habeatur in domo, negantque in hoc argumento patri naturales esse qui foris suscepti sunt, aut etiam domi ex famula, usus non observat; adeoque apud nos meliore conditione non est concubina, quàm quævis alia, quæ corporis sui potestatem alicui facit, teste D. Grotio 1. *manuduct.* 12. Igitur qui ex stupro, aut alia conjunctione, quam leges improbant, nascuntur, patri hi naturales non sunt, sed similes illis, quos mater vulgo concepit; quos constat non esse objectum legitimationis, cùm nec patrem demonstrare possint; §. *præc.* Quamvis inspecta rei veritate, omnes qui ex nobis nati sunt, licèt vulgo quæsiti, nobis sunt liberi naturales: atque in iis, in quibus jus naturale inspicitur, ut in contrahendis nuptiis pro talibus habeantur; *l.* 14. §. 2. *hoc tit.* De natis ex contubernio servili nihil attinet dicere, cùm eorum nulla mentio fiat in hac materia. Melior tamen eorum conditio fuisse videtur quàm natorum ex concubina: quia etiam jus succedendi iis datum est unà cum liberis legitimis; *infr. de serv. cogn. in fin. pr.* Jure Can. ut supra dictum est, etiam inter servos matrimonium est. Nobis ut servitus incognita, ita & servile consortium. Objectum igitur legitimationis sunt liberi ex concubina nati: quod & legibus concubinatus permittitur, & ex eo nati certum patrem habent.

Postea curiæ datus) Primus legitimandi modus est oblatio Curiæ. Curia in municipiis & coloniis idem erat quod Romæ Senatus, & Decuriones, qui Senatores; inde dicti, quod ex iis, qui in coloniam deducebantur, decima pars Consilio publico sive Curiæ adscribebatur, auctore Pompon. *l. pupillus* 239. §. *decuriones* 5. *de verb. sign.* In Impp. constitutionibus vulgo *Curiales* appellantur. Causam hujus legitimationis impulsivam fuisse Hotom. scribit inopiam Decurionum, eaque onera, quæ huic ordini alioquin honorifico satis gra-

 via

via incumbebant, quibusque mancipabantur: ita ut nec ipsi, nec eorum liberi inde eximi potuerint, nisi certis modis; vid. *l.* 3. *l.* 4. *l.* 9. *C. de natur. l.* Naturalis quoque filia si curiali uxor à patre data esset, jus filiæfam. adipiscebatur, *d. l.* 3. De hoc legitimandi modo latius agit Justinianus *Nov.* 89. *cap.* 2. *& seqq.* nobis incognitus est; atque ab usu eum recessisse testantur Mich. Graff. §. *success. quæst.* 19. *num.* 19. Gudelin. 1. *de jur. nov.* 16. *in fin.* D. Kinschot. *de rescr. g. tr.* 6. *cap. num.* 1. Christin. *vol.* 3. *decis.* 145. *num.* 18. VINN. Ita vulgo curiæ dationem interpretantur, ac si decuriones facti, essent illi liberi naturales, quos pater curiæ obtulisset. Sed alii sunt curiales, alii decuriones. Hi in dignitate vivebant: illi curiæ erant obnoxii. *l.* 55. *C. de decurion.* adeoque curiæ serviebant *l.* 50. *C. eod.* & hinc nec alienare poterant paternas facultates. *l.* 4. *C. de nat. liberis*, nec militiæ adscribi *l.* 17. *C. de decur.* nec conditionem propriam relinquere *tot. tit. C. Th. de his qui condit. propr. reliqu. lib.* 12. *tit.* 18. quæ conditio curialis etiam filios sequatur *l.* 7. *C. Th. de decur. lib.* 12. *tit.* 1. quin & qui curialis filiam duxerat, & hæres, non exstantibus liberis fuerat factus, curiæ mancipabatur, *l.* 124. *C. Th. eod.* Curiæ itaque obnoxii fiebant illegitimi, à patre oblati, non statim decuriones, quos à curialibus ipse Jac. Gothofredus *in paratitlis ad C. Th. tit. de decur.* non satis distinxit vid. Merill. *Obs. lib.* 7. *cap.* 26. *p.* 109. HEIN.

Nec non is, qui ex muliere libera) Secundus legitimationis modus est, cùm pater concubinam, ex qua liberos naturales habet, uxorem ducit. Nuptiarum quidem per se hæc vis est, ut liberi ex iis nati legitimi sint & in potestate patris: sed ut ante nati nuptiis subsecutis legitimi fiant, extrinsecus nuptiis accedit, & à beneficio legis est, cujus solius potestate legitimi censentur. Vid. de hoc originis paternæ confirmandæ modo, *l.* 10. *C. de natur. lib. Nov.* 89. *cap.* 8.

Cujus matrimonium minime interdictum) Hoc ex eo necessario efficitur, quòd concubina uxor ducenda est. Satis est autem, ut uxor esse possit, licèt ad tempus impediatur: veluti si Præses provincialem in concubinatu habuerit, & finita administratione provinciæ eam uxorem ducat; *l. ult. de concub.* Nepotem etiam per subsequens avi matrimonium defuncto jam patre legitimum avo fieri censent Covar. *de matrim. p.* 2. *c.* 8. §. 2. *n.* 22. *& seq.* Chasan. *ad consuet. Burgund. tit. de succes. rubr.* 8. §. 5. *n.* 42. *& seq.* Fachin. 3. *contr.* 56. D. Thulden. *comm. hic c.* 4. *& ad tit. C. de natur. l. n.* 4. Quod ego non video, quomodo procedere possit. Nam aut nepos & ipse naturalis est, & legitimus effici non potest ne patre quidem vivente, nisi parer ipse suam concubinam uxorem duxerit: inauditum autem est, filium naturalem succedere in locum patris sui, & perinde legitimum fieri, avo concubinam unde pater natus est, uxorem ducente, ut ipse filius fieret, si viveret: aut natus est nepos ex justa filii uxore; & legitima planè persona est, incognitaque jure nostro legitimatio ejus, qui jam legitimus est, ad solum effectum succedendi. Sed & filio defuncto sublatum est medium, per quod matrimonii ab avo contracti effectus ad nepotem pertingat: falsum enim est, quod præsupponunt, legitimationis hujus hanc esse vim, ut retrotrahatur tempus nuptiarum ad tempus nativitatis. Nam si hoc verum esset; necessario sequeretur, filium ex concubina natum in jure primogenituræ præferri filio postea suscepto ex legitima uxore mortua ante nuptias cum concubina contractas; de quo Tiraquel. *de jur. primogen. qu.* 34. Jo. Christen. *diss.* 3. *de matr. quæst.* 23. Item liberos etiam non consentientes legitimos fieri, contra *Nov.* 89. *cap.* 11. Nihil in contrarium facit, quòd quis nepotem adoptare possit, etiamsi filium non habeat, §. *licet* 5. *tit. seq.* Nam à diversis nulla illatio est: & omnino matrimonium cum concubina non potest legitimare liberos nisi ex ipsa concubina natos, quæ & communior sententia est. Vid. Gail. 2. *obs.* 141. *n.* 9. Val. Foster. *tr. de succ. ab int. lib.* 1. *quib. caus. hi off. cess.* Bachov. *in Treutl. vol.* 1. *disp.* 2. *thes.* 7. VINN. Sequitur Vinnius Bachovium, sed utriusque argumentis jam satisfactum à B. Hubero *in Præl. ad ff. lib.* 1. *tit.* 7. §. 10. HEIN.

Dotalibus instrumentis) Dotalia instrumenta hic accipere debemus instrumenta quævis nuptialia, etiamsi de dote danda nihil in iis cautum sit: alioqui sequeretur, natos ex pauper concubina, quæ dotem dare non possit, hoc modo legitimari non posse, quod perquam durum est. Et Justinianus *l.* 10. *C. de natur. lib.* promiscuè hisce vocibus utitur, & alibi sæpe hæc instrumenta nuptialia γαμικὰ συμβόλαια vocat dumtaxat, §. 2. *infr. de hæred. qu. ab int. Nov.* 74. *pr.* Quòd autem in omnibus iis locis, in quibus de hac legitimatione agitur, horum instrumentorum perpetuo meminit, satis firmum argumentum est, iis non intervenientibus liberos ante natos non fieri legitimos. Verum quidem est, matrimonium solo consensu perfici: sed hic non tam qu

titur de matrimonio contrahendo, ejusve contracti propria vi & potestate, quàm de effectu speciali legitimationis, quem matrimonium non ex se, sed legis auctoritate habet, quæ solemnitatem instrumentorum ad id desiderat: haud dubiè, ut liquido & perpetuo constare posit, non tantum an ea quæ concubina, maritali postea affectu & pro uxore habita sit; verum etiam an liberi & quinam legitimati sint, quod instrumento omnino inferendum, cùm non alii, quàm qui volunt legitimentur; *Nov.* 89. *c.* 11. Malè igitur argumentatur Ant. Matth. *Coll. Inst.* 2. *disp.* 1. *thes.* 25. Jure autem Can. instrumenta nuptialia intervenire necesse non est; *c. tanta.* 6. *x. qui fil. sint legit.* sicuti nec moribus, D. Tuld. *comm. hic c.* 11. Perez. *ad tit. C. de natur. lib. n.* 8. Christin. *vol.* 1. *decis.* 310. *n.* 11. *& seq.* quod tamen cùm dicimus, non excludimus publicas futurarum nuptiarum denuntiationes, quæ in Ecclesiis ex scripto recitandæ; *art.* 3. *ord. pol.* Matrimonium etiam in articulo mortis cum concubina contractum liberos ex ea susceptos retro legitimos facit: Gail. 2. *obs.* 141. *n.* 8. D. Thuld. *ad tit. C. de nat. lib.* quod tamen apud nos non procedit sine dispensatione propter *d. arg.* 3. *ordin. pol.*

Quod & aliis liberis, qui postea) Vitiosa procul dubio hæc lectio est. Quis enim dubitet, eos liberos, qui ex justis nuptiis procreati sunt, legitimos esse? Quamobrem cum Hotom. lego: *Quod, etsi nulli alii liberi ex eodem matrimonio nati fuerint*, &c. de quo dubitari poterat propter constitutionem Justiniani in *l.* 10. *Cod. de nat. lib.* & dubitatum fuisse constat ex *l.* 11. *Cod. eod.* ubi hæc controversia deciditur, add. §. 2. *inf. de hær. quæ ab intest.*

6 Tertium genus legitimationis postea accessit, nempe quæ fit per rescriptum Principis. Per rescriptum Principis legitimantur liberi naturales ad supplicationem patris, qui legitimam prolem non habet, & concubinam uxorem vel non potest ducere, puta quia mortua sit, aut se subducat, vel non honestè potest, ob vitæ scilicet turpitudinem; *auth. præterea, Cod. de nat. lib. Nov.* 74. *cap.* 2. *Nov.* 89. *c.* 9. *&* 10. vel ad supplicationem filii, si pater eum hæredem instituit, vel testamento dixerit, desiderare se, ut natalibus restituatur; *d. cap.* 10. Potest sane Princeps ex plenitudine potestatis filium naturalem legitimum facere, etiamsi pater legitimos liberos habeat, aut matrimonium cum matre inire posit. Cæterum non intelligitur Princeps id velle facere, nisi rescripto id nominatim comprehensum fuerit; Mynſ. 1. *obs.* 31. Gail. 2. *obs.* 142. *n.* 8. Perez *ubi sup. n.* 12. Planè non rescinditur legitimatio semel concessa, quamvis postea ex justo matrimonio soboles patri agnascatur; D. Tulden. *ubi sup. nu.* 5. Hæc legitimatio tantùm in bonis legitimantis tribuit legitimato, quantum liberis legitimis jus naturæ; *dec. sup. Cur. Holl.* 10. Cognatos autem non tangere, exceptis iis, qui in eam consentiunt; neque ad feuda pertinere, nisi id quoque nominatim cautum sit, notat D. Grot. 1. *manud.* 12. add. Mynſ. 5. *obs.* 42. D. Kinſchot. *d. tract.* 6. *cap.* 5. *n.* 2. Paulo plenius de hac specie legitimationis, deque clausulis, quæ rescriptis inseri nunc solent, tractat D. Gudelin. *de jur. noviss. lib.* 1. *cap.* 15. add. D. Christ. *vol.* 1. *decis.* 199. *num.* 18. *& volum.* 3. *decis.* 145. D. And. Gail. *d. obser.* 142. VINN. Quæ de effectu, quod ad feuda, addidit Vinnius, ea non obtinent, nisi Princeps legitimans simul sit feudi dominus. Immo ne tunc quidem admittuntur legitimati, nisi deficientibus agnatis, quibus jus semel quæsitum sine injuria adimi nequit 2. *Feud.* 26. Schrad. *Part.* 7. *cap.* 5. *num.* 23.

TITULUS UNDECIMUS.

DE ADOPTIONIBUS.

D. Lib. 1. *Tit.* 7. *C. Lib.* 8. *Tit.* 48.

1 *Continuatio, & summa tituli; tum quid sit adoptio, & quàm antiqua ejus origo.*

2 *Hodie adoptionem ab usu recesisse; sed in Germania aliisque nonnullis provinciis receptam unionem prolium, adoptionis quoddam simulacrum.*

1 EXpositi sunt in superiori titulo duo priores modi constituendæ patriæ potestatis; nuptiæ, & legitimatio: sequitur nunc tertius, adoptio. Adoptio est actus legitimus, quo in jus & locum filiorumfamil. adsciscimus, qui nobis extranei sunt in solatium eorum, qui liberos non habent, πρὸς τὴν παραμυθίαν ἀπαιδίας, inventus. Græcis vocabulo significantiore dicitur υἱοθεσία. Genus est actus legitimus, sive legis actio, *l.* 3. *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. *C. eod.* quæ quid sit, dicemus inferius §. 1. *hujus tit.* Sequentia, differentiam continent,

qua

qua hic actus à reliquis legis actionibus discernitur; quales sunt emancipatio, manumissio, & si quæ sunt similes. Postrema verba finem indicant, quem etiam Theophilus expressit, & indicat Ulpian. *l.* 15. §. 2. *hoc tit.* itemque Cicero *orat. pro dom. sua.* Tria autem fere sunt, quæ *hoc tit.* tractantur. Primum dividitur adoptio in duas species, quæ suis definitionibus explicantur; tum docetur, qui adoptare adoptarivè possint; postremò, quæ sit vis utriusque adoptionis ostenditur. Origo adoptionis antiquissima est. Non enim Romani solùm, verùm etiam Græci in solatium orbitatis filios sibi adsciscere solebant; ut ex Æginetico Socratis, & Plutarcho *in Theseo* liquet. Apud Hebræos quoque, & Assyrios, atque Ægyptios in usu fuisse adoptionem, testes sunt Joseph. 1. *antiq.* 15. Beros. *lib.* 5. *de florat.* Diod. Siculus 4. *Biblioth.* Moses à filia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. cap.* 2. Nec Franci olim, nec Longobardi usum adoptionis ignorarunt; ut ex Paulo Diacono & Trithemio observavit Gregor. Tholosanus *lib.* 10. *syntagm. cap.* 6. Cæterum hodie in hisce regionibus jure veteri adoptionis non utimur; nam adsciti à nobis non pro liberis, sed pro alumnis sunt; hoc est eo loco, quo sunt liberi alieni, quos in nostros enutrimus: quos quidem nihil prohibet etiam hæredes instituere, ut quemlibet extraneum; liberorum autem jure non censentur, nec agnationis. Apparet hoc ex effectis: nam & nuptiæ inter has personas consistunt, sicut cum alumna jure civili; *leg. si quis* 26. *C. de nupt.* Quo tamen jure neque filia patri adoptivo, neque soror adoptiva fratri, qui in ejusdem patris potestate sit, nubere potest; §. 1. & 2. *tit. præced.* Et necesse non est eas hæredes instituere aut exhæredare, ut jure Romano liberos adoptivos; §. *adoptivi* 4. *infr. de exhær. lib.* Nec ad successionem ab intestato vocantur, vel ut liberi, vel ut agnati, aut cognati. De moribus harum regionum testantur Grot. 1. *manud.* 6. Gudelin. 1. *de jur. nov.* 15. Christin. *vol. decis.* 185. De consuetudine Galliæ Mansuer. *de probat. n.* 34. Tiraq. *tract. de retract. glos.* 8. §. 1. ubi tradit, nec jus gentilitii retractus adoptatis competere, & Gregor. Tolos. *ubi sup.* Fallitur ergo D. Eguin. Baro, dum ea, quæ de adoptionibus jure Romano constituta sunt, adhuc valere debere ideo contendit, quòd nihil de iis comprehensum sit legibus Gallorum propriis, constetque inter Pragmaticos, quod jure proprio definitum non est, jure communi, hoc est Romanorum dirimi, quo etiam constitutiones Principum nos identidem remittunt. Etenim non minus de eo inter omnes Pragmaticos convenit, si quando Princi pes jubent, jus Roman. sequi ubi propriæ leges deficiunt; id ita accipiendum esse, ut locum dumtaxat habeat, si jus Romanum generali & manifesta desuetudine abrogatum non sit. Nam neque de servis quicquam cautum propriis plerarumque regionum legibus reperimus; an ergo idcirco dicemus servitutem ibi tacite approbatam censeri? Quod ideo monere visum est, ne quis in hujusmodi controversiis hoc argumento sibi imponi patiatur. In Germania passim, & nonnullis aliis provinciis consuetudine recepta æstimatio quædam adoptionis, conjunctio sive unio prolium quas conjuges ex diversis matrimoniis susceperunt. In hoc contractu & Magistratus auctoritas intervenire debet: & exacta cognitio adhiberi, præsentibus & consentientibus consanguineis, tutoribus & curatoribus, qui provideant, ne res ad concordiæ vinculum comparata discordiam inter liberos excitet in nimia facultatum inæqualitate; D. Andreas Gail. 2. *obs.* 125. VINN. Multa hic accumulat Vinnius, quæ vix admittenda sine Examine. Nam 1. quæ de Usu pragmatico adoptionis dicit, non dixerim, si quis hodie extraneum arrogaverit solemniter, illum hunc non filium, sed alumnum habiturum. In Germania saltim eo casu omnes effectus adoptionis & arrogationis obtinere & ipse observavi, & jam pridem exemplis docuit B. Strykius *in Usu ff. ad tit. de adopt.* & *de Cap. minut.* Idem de Frisia nostra adfirmat B. Huber. in *Prælect. ad Inst. hoc tit.* §. 14. Ubi itidem exemplum illustre. II. Vix puto in provinciis his, ubi postremis demum sæculis jus Romanum receptum est, quærendum esse, àn jus Rom. abrogatum? Sed an & quatenus in hac vel illa materia receptum sit? sic sane Jura de servis, quæ exempli loco adfert Vinnius, non desuetudine apud nos abrogata sed nunquam recepta sunt, quippe quæ non congruebant statui rerum publicarum septentrionalium III. Unio prolium & in ipsa Germania rarissima, vix quidnam commune habet cum adoptione, quia non est modus constituendi patriam potestatem, sed pactum successorium, qualia inter Germanos plurima recepta sunt. HEIN.

TEXTUS.

Continuatio.

Non solùm autem naturales liberi secundum ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt, verùm etiam ii, quos adoptamus.

No-

Notæ.

Quos adoptamus) *Leg.* 1. *D. hoc tit.* Ulpian. *tit.* 8. Est autem adoptio actus legitimus; *leg.* 77. *de regul. juris*, quo in locum filii adsciscimus eum, qui nobis extraneus est, ad eorum, qui liberos non habent, solatium inventus. Theoph. Græcis verbo significantiore dicitur υἱοθεσία. Origo ejus antiquissima. Vid. Gregor. Tholos. 10. *syntagm. cap.* 6.

Commentarius.

Filiosfamil. non solùm natura, verùm etiam adoptiones faciunt; *l.* 1. *hoc tit.* Per naturales liberos hoc loco intelligi oportet eos, qui sunt ex justis nuptiis procreati; ea enim perpetua est naturalium liberorum significatio, cùm opponuntur adoptivis, utpote legitimis tantùm, & diversæ ejusdem generis speciei; §. *sed si* 7. *infr. eodem*, §. *adoptivi* 4. *infr. de exhæred. lib.* §. 2. *infr. de inoffic. test. l. non potest* 31. *hoc tit. l.* 2. §. *liberi* 6. *ad Senatusc. Tert.* At cùm naturales opponuntur legitimis in genere; qui legitimi non sunt, significantur, & naturales dumtaxat, §. *ult. superioris*, *tot. C. de natur. lib.* quod & in voce parentis naturalis similiter observandum.

Textus.

Divisio adoptionis.

1. *Adoptio autem duobus modis fit: aut Principali rescripto, aut imperio Magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos, easve, qui, quæve sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio Magistratus adoptamus eos, easve, qui, quæve in potestate parentum sunt: sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.*

Notæ.

1. *Duobus modis*) Ex Cajo *leg.* 2. *D. hoc tit.*

Principali rescripto) Hoc stante Republica auctore populo fiebat comitiis curiatis. Gell. *lib.* 5. *c.* 19. Gruch. 3. *de comit. Rom.* 3.

Imperio Magistratus) Apud quem est legis actio; *leg.* 4. *eod. leg.* 1. *Cod. eod. leg.* 3. *D. de officio proconf.* Hæc species generis nomen deest. Boetius ad *topic.* Cic. *lib.* 2. *Fit verò id sæpe, ut species iisdem nominibus nuncupentur, quibus & genera.*

Commentarius.

1 *Adrogationes olim non nisi auctore populo comitiis curiatis fieri solitas: & ideo mutato statu Reip. Principis auctoritatem in hoc actu necessariam fuisse.*

2 *Adoptio in specie apud quos, quo ritu olim fieret, & quomodo nunc fiat.*

Duæ sunt species adoptionis, quarum altera Adrogatio dicitur, altera, quia proprio caret generis nomine, adoptio appellatur; quod in jure nostro frequenter usuvenit. Nam cùm plura sint negotia, quàm vocabula; *leg.* 4. *de præscr. verb.* sæpe fit, ut verba, quæ vi sua generalem significationem habent, ex instituto loquentis certam speciem indicent; eam nimirum, quæ proprio nomine destituitur, & cui fere tum species generis, quæ proprium nomen habet, opponi aut apponi solet, ut observare licet in vocibus cognationis, servitutis, contractus, actionis, & sexcentis aliis. Adrogatio est adoptio eorum, qui sunt sui juris, facta auctoritate Principis. Duo igitur sunt hujus adoptionis propria: primum, quòd eorum tantùm est, qui sui sunt juris; alterum, quòd fieri debet auctoritate Principis. Cur verò Principis auctoritas in hoc actu necessaria? Nimirum quia antea populi fuit. Nam jure à majoribus prodito, nemo qui sui juris erat, in alienam potestatem transire poterat, nisi populus auctor fieret. Comitia præbebantur curiata; arbitri erant Pontifices; formula hæc: *Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quàm si ex eo patre matreque familias ejus natus esset: utique ei vitæ necisque in eo potestas siet, uti patri endo filio est.* Gell. 5. *cap.* 19. Gruch. 3. *de comit. Rom.* 3. Porro rogabatur & qui adoptabat, & qui adoptabatur: ille, an vellet eum quem adoptaret sibi justum filium esse: hic, an id fieri pateretur: unde & adrogationem dictam esse scribit Cajus *l.* 2. *hoc tit.* Et haud dubiè inde est, quòd adrogari non potuit nisi jam vesticeps: nam impubes, quem investem dicebant, auctor in eam rem propter ætatem fieri non poterat, neque tutoribus tanta erat potestas, ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subjicerent. Et quia cum fœminis nulla comitiorum communio erat, nec mulier adrogari poterat; Gell. *d. loc.* Cic. *pro dom.* Hæc, inquam, stante adhuc Repub. Cujus statu mutato, quod jus populi fuit, Principes usurparunt, ex quorum rescriptis & fœminæ & impuberes etiam adrogari cœperunt; *l. nec ei* 16. *cum seqq. hoc tit.* Ulp. *tit.* 8. §. 4. Adoptio in specie eorum est, qui sunt in potestate, fitque auctore patre, qui in potestate habet, apud Magistratum,

tum, apud quem est legis actio; *l. 4. hoc tit. l. 1. C. eod. l. 3. de off. proconf.* Legis actio est id, quod fit ex præscripto & forma legis cum solemnibus ad rem aliquam peragendam constitutis: quibus solemnibus peragendis, si lex Magistratum designaret; penes eum dicebatur esse legis actio. Cæterum etiam apud Principem rectè lege agi ostendit *l. ult. C. de his qui à non dom. man.* Et quemadmodum hujusmodi actus, cùm sint voluntariæ jurisdictionis, quivis alius Magistratus apud se expedire potest, *l. 4. hoc tit. l. 2. de off. præt.* ita & Princeps tamquam summus Magistratus. Quò pertinet, quod de Augusto refert Suetonius, *c. 64. & Lucium*, inquit, *adoptavit domi per assem & libram emptos à patri Agrippa.* De hac specie adoptionis ita scribit Gell. *dict. loc. Adoptantur, cùm à parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud quem legis actio est, vindicantur.* Interveniebant tres mancipationes, sed duæ tantùm manumissiones, *l. ultim. C. hoc tit.* Nam si filius ter venditus, tertiò quoque manumissus fuisset, ut in liberorum emancipatione sui juris tertia manumissione factus esset. Itaque tertio ita vendebatur ac mancipabatur adoptatori, ut ei in jure cederetur, isque illum tamquam filium suum assereret: & jure Quiritium ad instar quodammodo servi vindicaret: quod jus patrem ex lege Quiritium habuisse testatur Ulpian. *l. 1. §. 2. de rei vind.* Cæterum tres hæ mancipationes & duæ manumissiones in filiorum dumtaxat adoptionibus necessariæ erant: filiæ autem & cæteri liberi una tantùm mancipatione è potestate patris sui exibant, & potestati patris adoptivi subjiciebantur, *d. leg. ultim. Cod. hoc tit.* Quæ omnia procedente tempore per imaginariam mancipationis solemnitatem expediri cœperunt, *§. 6. tit. seq.* Quæ & ipsa postea à Justiniano sublata, constitutumque, ut pater, qui liberos suos in adoptionem dare desiderat, hoc ipsum actis intervenientibus solummodo apud competentem judicem manifestet præsente eo, qui adoptatur, & non contradicente: nec non eo præsente, qui adoptat, *d. l. ult. & §. antepen. inf. eod.* De mancipationibus solemnibus studiosi antiquitatis consulant Boet. *in Top. Cic.* Rævard. *cap. 16. ad leg. 12. Tab.* Brisson. *lib. 1. antiq. cap. 7. de legis actionibus, & lib. 4. antiq. cap. 20.* VINN. Rectè quidem Vinnius rationem reddidit, cur arrogationes fieri oportuerit auctoritate Principis, quia nimirum antea auctoritate populi opus fuerit: sed cur populus olim jusserit arrogationes, & cur Pontificum quoque adhibita fuerit auctoritas, paucis addendum. Homo sui juris erat civis; adeoque caput de civitate non poterat eximi, nisi auctore populo. Deinde arrogatus fiebat hæres. Leges vero de hæreditate intestatorum non poterant nisi alia lege mutari, uti acute docuit ὁ πάνυ Bynkershoek *Obferv. lib. 2. cap. 2. p. 113.* Pontifices verò adhibebantur, non ob jurisjurandi religionem, uti existimavit Jan. Vinc. Gravina *de lege XII. tab. §. 85. p. 452.* sed quia arrogatus particeps fiebat sacrorum gentilium: quæ notio Pontificum erat. Cic. *pro domo cap. 13.* Omnia hæc non erant necessaria, postquam Imperatores munia legum, magistratuum, immo & Pontificum ad se traxerant, nullo adversante. HEIN.

TEXTUS.

Qui possunt adoptare filiumfamilias vel non.

2. *Sed hodie ex nostra constitutione, cùm filiusfamilias à patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura patris naturalis minimè dissolvuntur; nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est: licèt ab intestato jura successionis ei à nobis tributa sint. Si verò pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse Pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem; in hoc casu quia concurrunt in unam personam & naturalia & adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo constitutum, ut & in familia & in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.*

COMMENTARIUS.

OLim quavis adoptione jus patris naturalis extinguebatur: isque, qui in adoptionem etiam extraneæ personæ dabatur, in patris adoptivi familiam & potestatem transibat. Ex quo jure cùm non levia incommoda consequi Justiniano viderentur, propterea quòd fieri poterat, ut filius & patris naturalis successionem amitteret propter adoptionem, & patris quoque adoptivi, adoptione per emancipationem soluta, *§. sed ea omnia 14. infr. de hær. quæ ab intest. l. pen. Cod. hoc tit.* (ego unum tantùm casum invenio, nimirum si filius post mortem patris naturalis emancipatus esset, *§. at hi 10. inf. d. tit.*) His incommodis sic occurri posse credidit, si jura

ra patris naturalis integra servarentur, quando filius extraneæ personæ in adoptionem daretur: quod & efficit constitutione sua *d.l.pen.* Extraneam autem personam intelligit omnem, quæ extra lineam parentum sit: unde qui à patruo aut avunculo sunt, perinde haberi debent ac si à quovis extraneo adoptati forent.

Licèt ab intestato jura success.) Hoc ei à Justiniano specialiter tribuitur. Cæterum impune à patre hujusmodi adoptivo præteriri potest, alio hærede instituto, *d. l.pen.* §. *sed ne*, 1. *d.* §. *sed ea omnia* 14. *inf. de hær. quæ ab intest.*

Etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno) Legendum: *Etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno*; non tam quia ita legitur in *d. l. pen.* unde hæc transumpta sunt, quàm quòd hanc lectionem flagitat manifesta ratio juris.

Legitimo adoptionis modo constitutum) In *d. l. pen.* legitur: *Legitimo adoptionis modo constrictum.* Notant hic Interpp. duo vincula fortius ligare, quàm unum. Sed aliud significare voluit Justinianus, nempe, concurrente hujusmodi naturali vinculo cum civili adoptionis, cessare metum superioris incommodi.

Textus.

De adrogatione impuberis.

3. *Quum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio fieri permittitur: & exquiritur causa adrogationis, an honesta sit, expediatque pupillo, & cum quibusdam conditionibus adrogatio fit: id est; ut caveat adrogator personæ publicæ (si intra pubertatem pupillus decesserit) restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi, causa cognita, dignus emancipatione fuerit: & tunc sua bona ei reddat. Sed & si decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit; jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei postea acquisivit.*

Notæ.

3. *Causa cognita*) Causæ cognitio olim à collegio Pontificum, Cic. *pro dom. c.* 13. hodie à Magistratu exercetur, adhibito consilio propinquorum & tutoris auctoritate, *l.* 2. *C. eod. l. ult. C. de auct. præst.* in adrogatione puberum, etiam curatoris, *l.* 8. *D. hoc tit.* Quibus in rebus versetur, docet Ulp. *l.* 15. §. *pen. & ult. l.* 17. *per tot. eod.*

Personæ publicæ) Manuscriptis, Testibus Cujac. Hot. Pac. *Personæ publicæ, id est, Tabulario*, Theophil. ἢ δημοσίῳ προσώπῳ τουτέστι τῷ ταβυλλαρίῳ. Tabulario autem, non agnatis: quoniam incertum est, quis tempore mortis pupilli proximior futurus sit, eique ab intestato successurus. Schol. Theophil. Vinn. Addendus hic omnino Franc. Amaya. *ad l.* 3. *C. de tab. scrib. locograph. lib. X.* ubi quid sit *tabulario satisdare* egregie explicat. Hein.

Dignus emancipatione) Et hoc casu quartam, de qua mox, perdit, *l. ult. D. si quid in fraud. patron.*

Et tunc sua bona) Abusivè, ut sæpe alibi, pro *Bona ejus*; impuberis scil. adrogati. Pac.

Quartam partem) Ex constitutione D. Pii, *l.* 8. §. 15. *D. de inoff. test. l.* 1. §. 2. *D. de coll. d. l. ult. si quid in fraud. patron.* Est autem hæc secundùm Gloss. & DD. non omnium bonorum adrogatoris quarta, sed debitæ ab intestato portionis, *arg. l.* 8. §. *de inoff. test.* Quod & Græcos sensisse argumento est, quòd quadrantem in trientem mutaverunt ex novo jure Fabrot.

Relinquere) Rectè *Relinquere*, ut intelligamus non prius eam deberi, quàm adrogator decesserit, *d. l.* 1. §. 21. *de collat.*

Commentarius.

1 *In adrogatione impuberum quæ cognoscenda excutienda.*
2 *Quid; cui caveat adrogator; tum ad quos ea res pertineat.*
3 *Utrum quarta, quæ vulgo D. Pii, sit quarta pars totorum bonorum adrogatoris, an portionis ab intestato impuberi debitæ, & si hoc; num etiam illa aucta censeri debeat.*

Impuberes antea adrogari non potuerunt, ut supra indicavimus; nunc autem possunt ex constitutione D. Antonini, auctore Ulp. *in fragm. tit.* 8. sed non aliter, quàm causa apud Magistratum cognita, *l. si paterfam.* 15. §. 2. *h. t. l.* 2. *C. eod.* Causæ cognitio in multis vertitur. Primùm excutiendum, quæ sint facultates pupilli; quæ ejus qui eum adoptare volet; deinde cujus vitæ sit, & quibus moribus adrogator; tertiò cujus ætatis; an non melius sit, eum de liberis procreandis cogitare, quàm ex aliena familia sibi filium accersere; ad hæc num liberos habeat justis nuptiis procreatos,

quo-

quorum spem sine magna causa diminui non oportet; postremò etiam conjunctio spectatur, nec facile cuiquam pupillum adrogare permittitur, nisi quem vel naturali cognatione, vel alioqui sanctissima affectione duci appareat, *d. l.* 15. §. 2. *l.* 17. *eod.* Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuisse cum puberum adrogationibus: ut illa de ætate, liberis, moribus & facultatibus adrogatoris. Certè olim apud Pontifices hæc etiam in adrogationibus excussa fuisse arguit locus Ciceronis in *oration. pro dom. c.* 13. *Quid*, inquit, *est jus adoptionis, Pontifices? Nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos possit: & cùm posset, sit expertum; tum ne qua calumnia, fraus, aut dolus adhibeatur.* Causa autem nunc cognoscitur à Magistratu, adhibito consensu propinquorum pupilli, *l.* 2. *C. eod.* & tutorum quoque auctoritate, *l. ult. C. de auct. præst.* In minorum quoque adrogatione post constitutionem Claudii, curatoris auctoritas intercedere debet, *l.* 8. *eod.*

Ut caveat adrogator personæ publicæ) Hoc propriè servatur in adrogatione impuberis. Caveat nimirum satisdato, id est, fidejussori-
2 bus datis, *l. non aliter* 18. *cum* 2. *seqq. eod.* Caveat autem non ipsis, ad quos ea res perventura est; sive quòd incerti sint; sive quòd non omnes sunt ii, qui sibi stipulari possunt: sed personæ publicæ, hoc est, Tabulario sive Scribæ Curiarum aut Magistratuum municipalium, qui aliis stipulando acquirere potest. Servos olim publicos fuisse, constat *d. l.* 18. *l.* 2. *rem pub. salv. for. l. ult. C. de serv. reip. man.* Primi Arcadius & Honorius caverunt, ne servi Tabulario præficiantur, *l.* 3. *C. de tabul. lib.* 10. ubi Cujac. Sed etsi omissa fuerit satisdatio, utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari responsum est *l.* 19. §. 1. *hoc tit.*

Ad successionem ejus venturi essent) Pars hæc cautionis in *d. l.* 18. ita concepta est, *ad quos ea res perventura est*, & in *l.* 19. *seq. Ad quos ea res pertinet*: quibus verbis significantur non ii tantùm, qui ad successionem impuberis venturi sunt, quales sunt hæredes impuberis, sive illi ab intestato veniant, sive secundis tabulis à patre pupillo dati: sed etiam legatarii & servi, quibus secundis tabulis legata aut libertates datæ: in summa omnes, ad quos aliquid perventurum fuisset, si adrogatus mansisset in suo statu, *dd. ll.* Habet autem hæc cautio locum, si adrogatus impubes decesserit, *l. hoc autem* 20. *eod.* adveniente verò pubertate evanescit, perindeque habetur, ac si jam pubes adrogatus esset: quo casu cautio non est necessaria, cùm quivis pubes sui adhuc juris

ipse testamentum facere, cognatosque excludere possit, *l.* 5. *qui test. fac.*

Dignus emancipatione) Puta si quid commiserit adversus patrem adoptivum, propter quod merito è domo ejici aut exhæredari posset. At quæ causa est, quòd nihilominus tam impio filio bona sua restituuntur? Hotomanus existimat, id constitutum esse ad vitandam omnem improbitatis suspicionem, qua alio qui pater adoptivus facile onerari posset.

Decedens exhæredaverit) Intelligerem, si justa causa: nam si justa exhæredationis causa sit: non video, cur præter bona sua aliqu recipere debeat, aut plus, quàm cùm ex jus causa emancipatur. Sed obstare videtur re ponsum Ulp. *in l.* 8. §. *si quis* 15. *de inoff. te* & objici potest, quòd cùm justam causam h beret adrogator, eum vivus non emancip verit.

Quartam partem) Hæc quarta vulgo D. I appellatur: eamque Interpretes arbitrant non esse quartam omnium bonorum adrog toris, sed tantùm portionis ab intestato i puberi debitæ, nimirum eam ipsam ejusdem que quantitatis, quæ debetur aliis liberis, *ar d. l.* 8. §. *quoniam* 8. *de inoff. test.* Et cer nulla dari ratio potest, quamobrem D. Pi meliorem esse conditionem voluerit adop vorum, quàm naturalium: aut emancip exhæredativè, quàm ejus qui sine nota in milia mansit; & hæredis, quem videlicet ter vel instituit, vel ab intestato hæredem liquis datis fideicommissis, cui præter qu tam partem debitæ ab intestato portionis hil deberi in confesso est. Plerique tamen l centiorum secus sentiunt, propterea quòd t tus simpliciter loquuntur de quarta bonoru *l. ult. si quid in fraud. patro. l.* 2. *C. hoc tit.* S responderi potest; etiam quartam portio ab intestato debitæ ἀπλῶς quartam bo rum dici posse, sicut legitima liberorum, & ipsa quarta pars illius portionis est, qu ta bonorum dicitur, *l.* 6. *C. de inoff. test.* potius quia ferè unus tantùm adrogari so & nemo adrogare, nisi qui liberos non beat, *l.* 15. *in fin. l. nec ei* 17. §. *pen. hoc* De illo non convenit inter Interpretes, quartam hanc faciunt partem portionis ab testato debitæ, an hæc quarta etiam auct *Nov.* 18. Negat Mynsing. sed argumentis rum solidis. Ait; quartam eorum dumt *d. Nov.* auctam dici, quibus antea querela officiosi testamenti competebat; adrogato tem non competiisse, *d. l.* 8. §. *si quis* 15 quo fallitur. Nam certè ante D. Pii const tionem non minus adrogato impuberi, qu

ca

cæteris quærela competit: Divus autem Pius non minuit jus adrogati, sed auxit, ut ei querela jam non sit necessaria, sed proprio & meliori jure quartam sibi debitam obtinere possit, *d. l. 8. §. si quis* 15. Hoc & Græcos sensisse argumento est, quòd illi *τὸ τέταρτον μέρος*, quod Theophilus, aut paraphrastes, hic retinuit, ex novo jure mutaverunt in *τὸ τρίτον*. Mich. Psel. *Synops.* Quod adjicit Mynsing. in contractoriis nullam extensionem admittendam esse, quamvis par ratio subsit, aut etiam major: verum non est præterquam in iis constitutionibus, quæ à ratione juris & æquitatis recedunt; qua de re, qui volet, consulat D. Præs. Everh. *in topic. loc.* 79. Itaque verior mihi videtur eorum sententia, qui hanc etiam quartam auctam esse censent, ne pupillo noceat, quod in favorem & commodum ejus constitutum est; D. Bachov. post Porc. & alios *hic*. Vinn. Quamvis non iniqua sit hæc Bachovii, quam Auctor sequitur, sententia, probabilius tamen est D. Pium quartam omnium bonorum intellexisse, partim quòd semper in legibus quartæ bonorum fit mentio, partim quòd ea non petebatur querela inofficiosi, sed actione familiæ erciscundæ. Vid. V. C. Schulting. *ἐξῆτα tit. de adopt. & emancip.* Quæ cuntamenter hic conjicit Vinnius, eos quibus liberi essent, adoptare non potuisse, refellit Reinold. *Var. cap.* 41. *p.* 105. Et sunt sanè exempla, quæ Vinnio possunt opponi, qualia & ante Reinoldum collegit Cl. Perizon. *Animadv. Hist. cap.* 3. *p.* 125. *seq.* Sed idem tamen rectè observat, id non nisi difficulter concessum & non caruisse reprehensione. Ego id numquam fuisse privatis concessum putaverim impuberes arrogaturis: adeoque vix incidere potuisse quæstionem, quartane omnium bonorum, an portionis legitimæ intelligenda sit in constitutione D. Pii? Hein.

Textus.

De ætate adoptantis & adoptati.

4. *Minorem natu majorem non posse adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur, & pro monstro est, ut major sit filius, quàm pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem aut adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem & octo annis præcedere.*

Notæ.

4. *Minorem natu*) Ex *l.* 15. *§. ult.* cum *l. seq. l.* 40. *§.* 1. *D. eod.*

Commentarius.

Adoptio naturæ imago & similitudo quædam est, *l. si in* 23. *de lib. & post.* unde cum alia multa, tum hoc quoque provenit, quòd majorem natu minor adoptare non possit, cum per naturam filius non possit esse major patre. Qua de causa Clodii adoptionem jure exagitat Cic. *pro dom. cap.* 13. *Factus es*, inquit, *filius ejus* (Fonteii) *contra fas, cujus per ætatem pater esse potuisti*; & similia mox sequuntur.

Plena pubertate, id est, decem & octo annis) *L. abrogato* 40. *§.* 1. *hoc titulo.* Cur autem octodecim annis? Nam si nuptiæ post annum decimum quartum contrahi possunt; potest & quis filium habere ante hanc ætatem. Sed nimirum quia rarissimè accidit, ut masculi ante annum octavum decimum ad plenam pubertatem perveniant, & liberos suscipiant; minor ætas in adoptione insuper habita est, juxta *l.* 3. 4. & 5. *de legib.* Mynsingeri ratio nulla est: Id ideo placere, quia in adoptionibus, in quibus res per electionem agitur, firmitate opus sit judicii, quasi non nisi anniculi aut bimuli adoptarent. Nimirum etsi pubertatis initium est anno 14. *inf. quib. mod. tut. fin.* maturitas tamen demum anno 18. *l. adrogato* 40. *§.* 1. *hoc titul.* Paul. 3. *sen.* 4. atque hac ætate pubescunt etiam *οἱ βραδέως ἡβῶντες*. Theoph. In specie *l.* 14. *pr. de alim. leg.* est favor alimentorum.

Textus.

De adoptione in locum nepotis, vel neptis, vel deinceps.

5. *Licet autem & in locum nepotis, vel neptis, pronepotis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.*

Notæ.

5. *In locum nepotis*) Ex Paulo *l.* 37. *hoc tit.* Ulp. *tit.* 8. *§.* 6.

Quamvis filium non habeat) Sufficit enim habere filium posse, & per ætatem ex eo nepotem. Non enim actus, sed naturalis potestas inspicitur.

Commentarius.

Quamvis filium quis non habeat) *L. adoptare* 37. *l. adoptiones* 43. *h. t.* Dixeris, hoc pugnare cum eo, quod ante dictum est, adoptionem imitari naturam: Natu-

tura enim fieri non posse, ut quis nepotem habeat, qui filium non habet. At inquam, sufficit habere posse; hoc est ejus me ætatis esse, ut & filium & ex filio nepotem ea ætate habere potuerim, qua est is,quem filium adoptare volo. Nam & qui uxorem non habet, filium adoptare potest, quamvis sine uxore pater esse non possit, *l. & qui* 30. *eod.* Duplex igitur hic fictio est. De duplici fictione circa idem vid. Vaud. 2. *quæst.* 4.

TEXTUS.

De adoptione filii alieni in locum nepotis & contra.

6. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quàm nepotem in locum filii.*

COMMENTARIUS.

QUi filius est patri naturali, potest per adoptionem nepos fieri patri adoptivo, & contra. Nam, ut bene Theophilus, necesse non est, ut qui adoptatur, eumdem ordinem gradumque, quem apud patrem naturalem habet, servet apud patrem adoptivum.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis.

7. *Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex filio, quem habet jam adoptatum; vel quasi ex illo, quem naturalem in potestate habet; eo casu & filius consentire debet, ne ei invito suus hæres agnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.*

NOTÆ.

7. *Si quis nepotis loco*) Ex Paulo *l. 6. & l.* 11. *eod.*

Ne ei invito suus hæres) Eadem ratione & nepoti uxorem ducenti etiam filius consentire debet, *l.* 16. §. 1. *D. de rit. nupt.*

COMMENTARIUS.

FIlius consentire debet) Nimirum si nepos adoptetur quasi ex Lucio filio, verbi causa, natus. Nam si simpliciter adoptetur, & tamquam ex incerto filio, nullius consensus desideratur: quia tunc cessat ratio juris, quæ consensum requirit; de qua mox, *l. adoptiones* 43. *& seq. hoc tit.* Quid ergo, si nepotem adoptem tamquam ex Lucio filio meo natum, isque filius meus auctor non fuerit; an hæc adoptio planè nulla erit? an perinde habendum, ac si simpliciter facta fuisset? quod magis probo cum D. Concio 1. *subces. lect. in fin. arg. l.* 11. *hoc tit.* Nam cùm Jurisconsultus ibi de proposita specie hoc saltem respondeat, me mortuo, non fore nepotem in potestate filii, satis indicat adoptionem quoad cætera valere.

Ne ei invito) *L. 6. eod.* Non videbatur consensus filii exquirendus propter jus potestatis, quod summum pater in filium habet. Sed nimirum vis adoptionis seu agnatio sui hæredis in id tempus confertur, quo patre mortuo filius jam sui juris & paterfamilias factus est.

Non necesse est filium) Quia nimirum nepos non in patris sui, sed in avi potestate est. Potestatis autem tanta vis fuit apud Romanos, ut avus nepotem, inconsulto filio (tametsi id durum est) alii in adoptionem dare potuerit.

TEXTUS.

Qui dari possunt in adoptionem.

8. *In plurimis autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei, qui ex legitimo matrimonio natus est; & ideo si quis per Imperatorem, vel apud Prætorem, vel Præsidem provinciæ, non extraneum adoptaverit, potest eumdem in adoptionem alii dare.*

NOTÆ.

8. *In adoptionem alii dare*) Eodem jure, quo id permissum patri naturali.

COMMENTARIUS.

IN principio hujus tituli dixi, non solùm naturales liberos in potestate nostra esse, sed etiam eos, quos adoptavimus: unde sequitur, quemadmodum illi in adoptionem alii dari possunt: ita & hos posse. In adrogatione nihil mutatum; ac ne in adoptione quidem in specie sic dicta, quando non adoptatur extraneus. At cùm extraneus adoptatus est; is alii rursus in adoptionem dari non potest: cùm ex constitutione Justiniani nihil juris in hunc pater adoptivus habeat, *l. pen. C. hoc tit.* §. 2. *sup. eod.* eamque ob causam verba hæc à Triboniano hic addita sunt, *non extraneum.*

TEX-

TEXTUS.

Si is, qui generare non potest, adoptet.

9. *Sed & illud utriusque adoptionis commune est, quod & ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt.*

NOTÆ.

9. *Quales sunt spadones*) Quia hi sublato vitio corporis, liberis procreandis operam dare possunt, *d. l. 2. §. 1. l. 40. §. 1. eod.* & ideo uxorem quoque possunt ducere, *l. 39. §. 1. D. de jur. dot.* natura enim magis in homine generandi, & consuetudo spectanda est, quàm temporale vitium: *l. 9. D. de lib. & post.* Spadones, οἱ ψόξιν τ̃ γονίμων μορίων ὑποστάντες. *Gloss. jur.* Interdum spadonum appellatione etiam castrati comprehenduntur, *d. l. 39. §. 1. de jur. dot. l. 128. de verb. sign.* & ibi Alciat.

Castrati non possunt) Neque enim in testes vim genitalem affundere queunt; neque remedio in his locus. Leo tamen permisit. *Novell. 26.*

COMMENTARIUS.

Qui generare non possunt) Id est, qui propter vitium aliquod, quod tamen sanabile sit, procreare non possunt; quales hic perhibentur esse spadones: qua quidem appellatione nonnumquam & castrati continentur, id est, intestes, aliique, quibus vis generandi in totum adempta, ut in *l. si forte 39. §. 1. de jur. dot. l. 4. §. 2. ad leg. Corn. de sic. l. spadonum 128. de verb. sign.* ubi Alciat. Cæterum non raro & in specie accipitur, atque ad eos coangustatur, qui ob impedimentum temporale, & quod tolli queat, generare non possunt. Ita usurpatur à Pomp. *l. 6. §. 2. de ædil. edict.* à Marcian. *l. 14. §. ult. de rei vind.* itemque à Cajo *l. 2. §. 1. hoc tit.* Glossa juris: Spadones, οἱ ψόξιν τ̃ γονίμων μορίων ὑποστάντες. Imperator Leo etiam castratis adoptare permisit, ut injuriam illis illatam hoc solatio compensaret, *Nov. 26. & seq.*

TEXTUS.

Si fœmina adoptet.

10. *Fœminæ quoque adrogare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

COMMENTARIUS.

Adrogatio & adoptio jure veteri in eo discrepabant, quod fœminæ adrogari non poterant: quia, ut supra diximus, adrogatio auctore populo in comitiis fiebat, quorum nulla cum fœminis communio. Adoptari autem non vetabantur. Nunc verò ex rescripto Principis etiam adrogari possunt, *l. 21. hoc tit.* Adrogare autem vel adoptare nec olim poterant, nec nunc possunt. Ratio redditur à Justiniano: quia nec naturales liberos in potestate habent; quasi diceret; absurdum esse, ut majorem vim habeat fictio quàm rei veritas; adoptio quàm natura. Claudicare tamen videtur hæc ratio in extraneo adoptante, in cujus potestate licèt adoptatus non sit; tamen constat adoptio ex constitutione Justiniani *§. 2. sup. eod.*

Ex indulgentia Principis) *L. si suspecta 29. §. quoniam 3. de inoff. test.* non tamen ut filium habeant in potestate, sed ut solatium orbitatis & hæredem. Duobus igitur casibus filios tantùm facit adoptio; si fœmina jussu Principis adoptaverit; item si extraneus à patre naturali filium in adoptionem acceperit. Cæteri fiunt filifamilias.

Ad solatium liberorum amissorum) Transcriptum hoc ex *l. 5. C. eod.* & de viduis haud dubiè intelligendum: neque enim nuptiis concedendum existimo, ut seorsum sibi liberos adoptent. Imp. Leo & sine hac conditione fœminis adoptare permisit etiam virginibus. *Nov. Leon. 27.* quæ in Oriente recepta; Harmenop. *lib. 2. tit. 8. §. 4.*

TEXTUS.

De liberis arrogatis.

11. *Illud proprium est adoptionis illius, quæ per sacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit; non solùm ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus fiunt in ejusdem potestate tamquam nepotes. Sic enim D. Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptasset, ut protinus adrogatione facta inciperet Germanicus Augusti nepos esse.*

NOTÆ.

11. *Per sacrum oraculum*) Per Principem; *l. 2. eod.* Per Principis rescriptum, *l. 6. C. eod.* Periphrasis est adrogationis.

Sed etiam liberi ejus) L. 15. *l.* 40. *eod.* nimirum tamquam sequela, & unà cum patre adrogato capite minuuntur; *l.* 3. *D. de cap. min.* quod in adoptione non similiter contingit; *l.* 28. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

QUod hoc §. proponitur, proprium effectum est adrogationis; nempe non solùm eum qui adrogatur, transire in potestatem patris adoptivi; sed etiam liberos, qui in ejus potestate erant, tamquam nepotes, *l. adrogato* 40. *eod.* In adoptione autem hoc non similiter contingit, in qua is tantùm transit, qui adoptatur, non etiam liberi ejus. Ratio differentiæ in promptu est. Nam in adoptionem dantur filiifamilias, quorum liberi sunt in potestate alterius, nempe ejus qui in adoptionem dat: ideoque etiam in illius potestate remanent: *l. liberum* 28. *eod.* Adrogantur autem patresfamilias, qui cum ipsis liberos suos in potestate habeant; nihil mirum, si secum etiam illos in familiam & potestatem alienam transferant; *l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.*

Quum is Germanicum adoptasset) Dubitaverat Augustus, Germanicum sororis nepotem & cunctis laudatum rei Romanæ imponere, sed precibus uxoris evictus Tiberio Germanicum, sibi Tiberium adscivit, auctor Tacit. 4. *annal. cap.* 57. & Suetonius *in Tib. c.* 15. scribit; Tiberium prius coactum fuisse Germanicum adoptare, quàm ipse ab Augusto adoptaretur. Simile exemplum habemus apud Capitolin. *in Antonin.*

TEXTUS.

De servo adoptato vel filio nominato à Domino.

12. *Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, Servos, si à domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde & nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverat, liberum esse constituimus: licèt hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.*

COMMENTARIUS.

APud Catonem) Parum refert, apud Marcumne Catonem principem familiæ Porciæ hoc scriptum fuerit, an apud filium ejus. Ambo sanè & Jurisconsulti fuere, & libros de jure civili reliquerunt; filius etiam plurimos, teste Pomp. *l.* 2. §. *post hos* 38. *de orig. jur.* VINN. De Catonis filii scriptis ad jus pertinentibus conferendus Gellius *lib.* 13. *c.* 18. Ejus & alias fit mentio in jure nostro *l.* 10. §. 1. *ff. de Ædil. edict. l.* 44. *ff. sol. matr.* Grot. *de vit. Jctor. lib.* 1. *c.* 5. HEIN.

Ex hoc ipso liberari) Satis apparet, his verbis Justinianum significare velle, servos à domino adoptatos, non jus filiorum, sed libertatem dumtaxat consequi: atque inutilem quidem esse hanc adoptionem, sed vim tamen manumissionis habere. Nec dissimile admodum est quod Ulpian. scribit: Inutilem acceptilationem habere vim pacti sive utile pactum: *l.* 8. *de accept.* VINN. Immo servum auctore Prætore adoptatum, non solùm libertatem, verùm etiam jura filii consequutum esse, disertè scribit Gell. *lib.* 5. *c.* 19. Unde Justinianus non loqui videtur de adoptione servi, sed de casu, si dominus servum adacta sorte filium vocarit. HEIN.

Nostra constitutione) *L. un.* §. 10. *C. de Lat. l. toll.*

Actis intervenientibus) Id est, apud acta, coram Magistratu in jure *l.* 2. *ff. de appell. l.* 3. *C. de fid. instrum.* D. Hotomanus putat, necesse esse, ut dominus servum ad Magistratum deducat, & testato denunciet, se velle eum pro filio habere, utque acta super eo conficiantur.

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

D. Lib. 1. *Tit.* 7. *Novell.* 81.

Ratio ordinis, & summa Tituli.

MOs hic est perpetuus Jurisconsultorum, ut expositis iis, quæ ad constitutionem alicujus rei valent, subjiciant contraria, sive ea, quæ ad ejus imminutionem aut dissolutionem pertinent. Itaque cùm hactenus visum sit, quibus modis jus patriæ potestatis constitui-

tuitur, rectè nunc subjiciuntur modi, quibus jus illud solvitur. Ejuscemodi autem septem fere hoc titulo proponuntur, mors patris aut avi, deportatio, servitus pœnæ, dignitas Patriciatus, captivitas, emancipatio, adoptio.

TEXTUS.

Scopus & nexus. De Morte.

Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri sunt subjecti, eo jure liberentur. Et quidem quemadmodum liberantur servi à potestate dominorum, ex iis intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi verò, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit; nam mortuo patre, sanè omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur: mortuo verò avo, non omnimodo nepotes neptesve sui juris fiunt; sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivit, & in potestate patris sui est; tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si verò is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris; tunc ii, qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

NOTÆ.

Jus patriæ potestatis) Abest *Patriæ* à vet. cod. teste Fabrot, & Theophil simpliciter τὸ ὑπεξούσιον.

Recasuri non sunt) Nepotes ex filio, mortuo avo, solent in potestatem patris sui recidere, *l. 5. D. de his qui sui vel alien. jur.* sed hoc ita, nisi ipse pater aut mortuus sit jam ante, aut emancipatus à patre suo, *l. 41. D. de adopt.* Ulpian. *tit.* 10. §. 1. Cajus 1. *instit. titul.* 6.

Per emancipationem exiit) Hoc Glossema esse ex lib. vet. notant Cujac. Hot. Fabrot. nam & aliis modis exire de potestate potest, nec Theoph. agnoscit.

COMMENTARIUS.

Mortuo eo sui juris fiunt) Quum paterfamil. moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrumfam. nomen subeunt, etiamsi pupilli sint & infantes, *l. pronuntiatio* 195. §. 2. *de verb. sign.* quod notandum.

Mortuo patre, sanè omnimodo) Mortuo nimirum patre, in cujus potestate filii erant. Nam qui in avi sui, non in patris potestate sunt, mortuo patre non efficiuntur sui juris, sed in potestate avi sui remanent: adeoque quasi agnascendo avo suo fiunt sui hæredes, §. 2. *inf. de exh. lib. l.* 13. *de injust. rupt. testam.*

In potestatem patris sui recasuri non sunt) Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere solent in potestatem filii, hoc est patris sui, *l. 5. de his qui sui vel alien. jur.* Sed hoc non est perpetuum. Nam si quo tempore avus moritur, & pater eorum aut jam mortuus sit, aut per emancipationem exierit de potestate patris sui; nepotes in potestatem patris sui non recidunt, sed sui juris fiunt. Quin etiam sufficit semel exiisse. Finge, filium, quem pater adoptaverat, in potestatem patris sui revertisse, puta à patre adoptatum esse; nepos retentus post mortem avi non recidit in potestatem patris sui, sed omnimodo sui juris efficitur, *l. si pater* 41. *de adopt.* Hi quos dignitas suæ potestatis facit, jura legitima intacta retinent, eorumque filii post mortem avorum in eorum potestatem revertuntur, *Nov.* 81. *c.* 2.

TEXTUS.

De deportatione.

1. *Cùm autem is, qui ob aliquod maleficium in Insulam deportatur, civitatem amittit; sequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quasi eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione & si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis. Sed si ex indulgentia Principis restituti fuerint per omnia, pristinum statum recipiunt.*

NOTÆ.

1. *In Insulam deportatur*) Deportatio in Insulam, in locum aquæ & ignis interdictionis successit, *l. 2. §. 1. D. de pœn. l. 3. D. ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extraord. cogn.* Briss. *lib. 3. sel. antiq. cap.* 5. VINN. Propriè dici non potest, deportationem successisse in locum Interdictionis aquæ & ignis, sed eidem superadditam esse, quamvis priore loquutione utantur veteres locis à Vinnio allegatis. Nam & deportatis aqua & igni esse interdictum patet ex Tacito *Annal. lib.6. cap.* 30. *l.* 1. §. 2. *ff. de legat.* 3. Rem accuratè explicavit V. C. Schulting. ad Cajum, *lib. 1. tit. 6. §.1. p. 47. seq.* HEIN.

Civitatem amittit) Unde deportati dicuntur peregrini, *l. 6. §. 1. D. de hær. instit. l. 1. Cod.*

Cod. eod. & ἀπόλιδες, *l.* 1. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 17. *D. de pœn.*

COMMENTARIUS.

IN *Insulam deportati*) Etiam. deportatione patria potestas solvitur: nam cùm hæc potestas propria sit civium Romanorum, §. 2. *sup. de patr. pot.* fieri non potest, ut qui civis Rom. non sit, filium habeat in potestate. Deportatio autem est capitis minutio, qua qui afficitur, in numero civium esse desinit, §. 2. *inf. de cap. dem.* ubi plura dicemus.

Perinde quasi eo mortuo) Nam intereunt homines non solùm morte, verùm etiam maxima & media capitis diminutione, *l. verum* 63. §. *ult. pro soc. l.* 1. §. *filium* 8. *de bon. poss. cont. tab.* quæ ob id vulgo mors civilis dicitur. Vitiosam autem apparet esse hujus loci constructionem: quæ constabit, si cum D. Hotom. legamus: *Ut eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quasi mortuo, &c.* transposito videlicet posteriore *eo*. VINN. Posset etiam una adjecta littera pro *qui* rescribi *quia*. Ita enim & Theophilus legisse videtur. HEIN.

Pari ratione) Nihil hic interest, filius deportatus sit, an pater; neque enim magis civis Romanus peregrinum in potestate habere potest, quàm peregrinus civem Romanum. Ulp. *tit.* 10. §. 2. Theophil. *hic.*

Ex indulgentia Principis restituti) Nempe plenissimè & in integrum, *l.* 1. *C. de sent. pass.* Nam simplex & generalis restitutio pœnæ tantùm gratiam facit, reditumque in patriam concedit, add. *l.* 2. 6. 9. *C. d. tit.* & D. Tul. *C. ibid.* Christ. *vol.* 4. *decis.* 208.

TEXTUS.

De relegatione.

2. *Relegati autem patres in Insulam in potestate liberos retinent, & liberi relegati in potestate parentum remanent.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur deportati cives esse desinant, relegati non item.*
2. *Quo numero apud nos habendi banniti, seu quibus provincia interdictum est, & damnati ad triremes.*

RElegati, sive in Insulam, sive simpliciter certis provinciis interdicti, omnia sua jura retinent, nec refert, in perpetuum an ad tempus relegentur, *l.* 4. *l.* 7. §. 3. *de interd. & rel.* Sed & bona sua omnia retinent, nisi parte bonorum nominatim adempta in perpetuum relegentur, *d. l.* 4. *d. l.* 7. §. *ad tempus* 4. Quæ autem ratio est, quòd deportati hæc omnia cum civitate amittant, relegati non item? 1 Diversitas intelligi poterit ex verbis sententiæ & forma executionis. Nam deportati, perpetuo exilio multati, jubebantur compedibus vincti & navigio impositi à servis publicis constitutam in solitudinem avehi: quæ condemnatio eos manifestè ad peregrinitatem redigit, & ἀπόλιδας facit, *l. sunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* Relegatis autem dies præstituebatur, intra quem excederent. Moris enim erat ita pronuntiari: *Illum provincia illa Insulisque relego: excedereque debebit intra illum diem, d. l.* 7. §. *bis qui* 17. *de int. & rel.* Quæ sententia existimationem quidem civis minuit, sed non consumit, aut caput eximit de civitate, *l.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* Nomen exilii commune est, exulesque non deportati solùm, sed relegati atque interdicti appellantur, *l.* 4. *l.* 5. *de interd. & rel. l.* 4. *de pœn. l. tutor* 28. §. 2. *& l. seq. de excus.* quippe omnes extra solum missi, sive solo patrio expulsi; unde exulem dici, auctores sunt Festus, Nonius & Quintil. *declam.* 336. Plerumque tamen & quasi propriè exilium de deportatione dicitur, quasi relegatio exilium propriè non sit, cùm jus civitatis retineatur, *l.* 2. *de publ. jud.* Hinc & Ovidius se non exulem esse scribit, sed relegatum, *lib.* 2. *&* 5. *de tristib.* 2 Quod ad jus harum regionum attinet, plerique existimant, eos, quorum bona apud nos publicantur adjuncta provinciæ interdictione perpetua, similes deportatis habendos esse. Quibus autem ad tempus provinciæ vel civitatis alicujus finibus interdicitur, relegatis comparandos. Idemque statuendum simili distinctione adhibita de damnatis ad triremes, Christin. *vol.* 5. *decis.* 52. *in fin.* Gudelin. 5. *de jur. noviss. cap.* 15.

TEXTUS.

De servitute pœnæ.

3. *Pœnæ servus effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui bestiis subjiciuntur.*

COMMENTARIUS.

SI is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in potestate habere desinit, & mortui loco habetur; quanto magis, qui cum civi-

civitate simul & libertatem? Servitutem enim vel maximè mortalitati Veteres comparabant, *l. quod attinet* 32. *l. servitutem* 209. *de reg. jur.*

Pœnæ servus) Pœnæ servus dicitur, qui non alium dominum habet, quàm ipsam quodammodo pœnam, cui addictus est. Ideoque si quid tali servo legatum sit, pro non scripto esse, quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ, Marcian. respondit, *l. sunt quidam* 17. *de pœn.* Cæterum non solùm servitute pœnæ, cujus solius hic fit mentio, verùm etiam quovis alio genere servitutis patria potestas solvitur; puta si liber homo major 20. annis ad pretium participandum se venundari passus sit; aut si libertus ingratitudinis convictus redigatur in potestatem domini, §. 1. *inf. de cap. dem.* Quominus qui ab hostibus capiuntur huc pertineant, facit jus postliminii, & lex Cornelia testamentaria, §. *si ab hostibus* 5. *inf. hoc tit.*

Qui in metallum damnantur) In metallum vel in opus metalli damnari dicuntur, qui ad effodiendum metallum, cujus varia sunt genera, damnantur: quamquam inter eos, qui in metallum, & eos qui in opus metalli damnantur, differentia est in vinculis, quod huc non pertinet, *l.* 8. §. 4. *& 6. de pœn.* Diversa pœna fuit eorum, qui in opus publicum damnari dicuntur, *l. ult. de effract.* Hi enim civitatem dumtaxat amittebant libertate salva, *l.* 17. §. 1. *d. tit.* quibus hodie nonnulli comparant, qui ad triremes damnantur.

Qui bestiis subjiciuntur) Hi sunt, qui passim ad bestias damnati & ad bestias dati dicuntur (Dio *l.* 58. τοὺς τοῖς θηρίοις ἐκ καταδίκης δεδομένους appellat) & statim consumuntur, hoc est, statim post damnationem feris objiciuntur. Sunt & qui damnati non statim consumuntur, sed populi voluptatibus reservantur, qui tamen & ipsi servi pœnæ fiunt; quales sunt, qui damnantur in ludum sive venatorium sive gladiatorium, *d. l.* 8. §. *quicumque* 11. *de pœn. l. un. C. Theod. ad leg. Fab.* de quo vid. Budæ. *in annot. poster.* Cujac. 13. *obs.* 10. Pet. Fab. 2. *semest.* 11. Postremò omnes, qui ultimo supplicio damnantur, confestim pœnæ servos fieri existimo: hoc nimirum effectu, ut statim libertatem & civitatem perdant, *arg. l.* 12. *l. qui ult.* 29. *de pœn. l.* 6. §. *sed etsi* 6. *de injust. rupt. test.* Jure novissimo servitus pœnæ sublata est, *Nov.* 22. *cap.* 8. *authent. sed hodie*, *C. de don. int. vir. & uxor.* Cujus rei effecta ibidem notant DD. VINN. Rectè Vinnius existimat, omnes ultimo supplicio damnatos, factos esse servos pœnæ. Quum enim civis exrremo supplicio adfici non posset, per legem Porciam, Liv. *lib.* 10. *cap.* 9. fingendum erat, eum, qui hujusmodi delictum commisserit, quod sanguine videretur expiandum, non esse civem, sed servum pœnæ. Et hæc observatio viri eximii, Ger. Nood. *Probab. lib.* 3. *cap.* 12. HEIN.

TEXTUS.

De dignitate.

4. *Filiusfamilias si militaverit, vel si Senator, vel Consul factus fuerit, remanet in potestate patris: militia enim vel consularis dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa Patriciatus dignitas illico imperialibus codicillis præstitis filium à patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum potestatis suæ nexibus filium liberare: Imperatoriam autem celsitudinem non valere, eum, quem patrem sibi elegit, ab aliena eximere potestate?*

NOTÆ.

4. *Si militaverit*) *L.* 35. *de rit. nupt. l.* 5. *&* 6. *de castr. pec. l.* 7. *C. de patr. pot.*

Senator) *L.* 18. *in fin. D. de judic. l. ult. de bar. pet.* Quint. *declam.* 286.

Consularis dignitas) *lib.* 1. §. *ult. de sen. Mac.* Dion. Halic. *lib.* 2. *pag.* 96. sed hodie liberat, *Nov.* 81. ubi & aliæ dignitates excipiuntur, *in pr. c.* 1. *&* 3.

Summa patriciatus dignitas) Summa non quidem gradu, nam Consulatus major est, sed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas; Baro, & Cont. Extat constitutio in *l. ultim. Cod. de consul. lib.* 12. add. *l.* 3. *Cod. eodem.*

Codicillis præstitis) Vide Synes. *epist.* 127.

COMMENTARIUS.

1 *Patricii sub Impp. Constantinopolitanis qui dicti.*

SI militaverit) Milites multis privilegiis & prærogativis à Principibus donati sunt: nexu tamen patriæ potestatis jure sacramenti eos solvi noluerunt, *l.* 3. *C. de castr. pec. l.* 7. *Cod. de patr. pot.* Observandum obiter, militiam speciem quamdam fuisse dignitatis, atque inde factum, ut omnia fere officia etiam civilia, militiæ postmodum dictæ sint.

Vel si Senator, vel Consul) Non obstat huic loco, quod dicitur *in l. antepen. de his, qui sui vel al. jur.* in publicis causis filiumfamilias ha-

haberi, veluti ut Magistratum gerat, &c. Hoc enim non significat; filium Consulatu aliove munere publico liberari patria potestate: sed patriam potestatem non obstare, quominus Consul puta, aut Prætor creetur, omniaque munia Magistratus sui obeat etiam repugnante patre, atque adeo etiam adversus patrem, *l.* 13. *in fin.* & *l. seq. ad sen. Treb.* Nonnihil huc faciunt quæ scribit *Gel.* 2. *noct. Attic.* 2.

Ex nostra constitutione) *L. ult. C. de consul. lib.* 12. Non tamen à Justiniano hoc primùm constitutum videri potest, cùm & apud Cassiodorum, qui antè Justinianum sub Theodorico Gothorum rege vixit, *in form. Patriciatus, lib. 6. Var. cap.* 3. hoc scriptum sit: *Leges*, inquit, *tantam Patriciis dignitatem detulerunt, ut in sacris positus, cùm hoc fuerit honore præcinctus, paternæ potestatis nexibus exuatur.* Quod autem Justinianus in *d. constit.* Patriciatui tribuit; id postea produxit etiam ad alias dignitates, & ad eas omnes quæ à Curia liberant: nominatimque idem jus concessit Consulatui, Præfecturæ prætorianæ, Præfecturæ urbicæ, Præturæ, Magisterio militum, & denique Episcopatui, *Nov.* 81. *in pr. cap.* 1. & 3. VINN. Dum negat Auctor, Justinianum id privilegium patriciis primum tribuisse, Bachovium, ut solet, sequitur. Sed ejus argumentum parum stringit. Cassiodorus enim non solùm sub Theodorico, sed & sub Athalarico, immo & Theodahado & Vitige vixit, & negotia publica tractavit, adeoque Justiniani constitutionem, ann. circ. 530. scriptam, videre potuit; Præclarè id demonstravit V. C. Reinoldus *var. cap.* 19. HEIN.

Summa Patriciatus dignitas) Stante Rep. Patricii dicebantur, qui eorum Senatorum progenies erant, quos Romulus creaverat. Antiquissimæ quoque cujusque Senatoriæ familiæ liberi ætate Livii Patricii appellabantur. Verùm longè aliter Patricii in constitutionibus recentiorum Impp. accipiendi sunt. Nam translato Constantinopolim Imperio, cœpere Principes ex Senatoribus, qui curulibus Magistratibus functi erant, sibi consiliarios, & quasi patres legere, quos Patricios dici placuit, quasi patres communes Reip. auctore Suida. Atque ex eo tempore Patriciatus nomen esse cœpit supremi consilii.

Codicillis præstitis) Codicilli apud Latinos inter alia significant diplomata, sive litteras Principales, quibus honores mandantur; ut apud Sueton. *in Claud. cap.* 29. & *in l. administrantes* 41. *pr. de excus. tut. leg.* 12. *C. de dign.* uti & hoc loco.

Quam sibi patrem elegit) Patricii Impp. Constantinopolitanis parentum loco erant: quæ parentis appellatio Claudiano lepidi joci materiam tribuit. Is enim in Eutropium Patricium, cujus bona publicata, & in fiscum coacta erant, sic ludit, *lib.* 2. *in Eutrop. v.*49.

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?
Non aliter poterat Principis esse pater.

Quorum versuum hic sensus est. Eutropium æquo animo adversum fortunæ casum, bonorumque suorum publicationem ferre debere, cùm eo modo ad Principem, qui ei filii loco fuerit, & cujus ipse parens appellatus sit, ea pervenerint. Extat constitutio Impp. Arcadii & Honorii in *C. Theod. tit. de pœn.* qua hic Eutropius in Insulam Cyprum, quò bonis publicatis & adempta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

TEXTUS.

De captivitate & postliminio.

5. *Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat; tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint; omnia pristina jura recipiunt: idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate; quia postliminium fingit, eum qui captus est, in civitate semper fuisse. Si verò ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius, nepos ve, si ab hostibus captus fuerit; similiter dicimus propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum autem est postliminium à limine & post. Unde eum, qui ab hostibus captus est, & in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum rectè diximus. Nam limina sicut in domo finem quemdam faciunt; sic & Imperii finem esse limen Veteres voluerunt. Hinc & limen dictum est quasi finis quidam & terminus. Ab eo postliminium dictum est, quia ad idem limen revertebatur, quod amiserat. Sed & qui captus, victis hostibus, recuperatur, postliminio rediisse existimatur.*

NOTÆ.

5. *Pendet jus liberorum*) In pendenti, in incerto est, *l. ult. D. de sen. Mac. l.* 12. §. 1. *de capt. & postl.* Non igitur tam captivitate patria potestas amissa restituitur, quam liberi finguntur in potestate etiam tempore captivitatis mansisse. Ulp. *tit.* 10. §. *pen.* Boet. *in top. Cic.*

In civitate semper fuisse) Alia effecta vid. *in l.* 1. §. *ult. D. de sen. Mac. l.* 6. §. *ult. D. de tutel. l.* 22. §. 1. *de capt. & postl. l.* 13. *eod.*

Ipse

Ipse quoque filius) *l. 9. l. 10. l. 12. Cod. de postl. rev.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando quis postliminio reversus intelligatur; tum quibus in locis postliminium fit.*
2 *Quæ res postliminio recipiantur, aut redeant.*
3 *Jus patris ab hostibus capti non extingui, sed in suspenso esse.*
4 *De origine juris postliminii.*

QUamvis *servus hostium fiat*) Constat, eos, qui ab hostibus capiuntur, jure belli servos hostium fieri, & consequenter desinere liberos hábere in potestate. Verùm Romani, quicumque ex suis capti essent, servorum numero apud se haberi non debere censuerent; nihil eorum cum effectu amittere, quæ aliàs per servitutem amitti solent. Cùmque fieri posit, ut capti ad suos reverterentur; fieri item, ut apud hostes decederent; in utrumque eventum captis prospexerunt: in illum fictione juris postliminii; in hanc fictione legis Corneliæ.

1 *Qui si reversi fuerint*) Pomponius reversum postliminio ait, qui intra præsidia nostra esse cœpit, *l. 5. §. 1. de capt.* Paulus, cùm in fines nostros intraverit, *l. postliminium 19. §. 3. eod.* Sed ex paritate rationis consensus gentium rem eò perduxit, ut postliminium locum haberet, etiamsi quis homo aut res, cui postliminium esse placuerat, pervenisset ad amicos nostros; ut loquitur *d. loco* Pompon. aut, ut Paulus exempli causa explicat, ad Regem socium vel amicum. Quibus in locis amici, aut socii intelligendi sunt non simpliciter, quibuscum pacem habemus, sed qui partes in bello easdem sequuntur, ad quos qui venerunt, ut Paulus loquitur, nomine publico tuti esse incipiunt; qua de re pluscula D. Grot. *l. de jure bell. & pac. 9. n. 2.*

2 *Omnia pristina jura*) Puta civitatem, familiam, bona sive eorum dominium. Rectè autem jura, *l. 5. §. 1. l. in bello 12. §. 1. de capt. & postl. rev.* nam ea, quæ facti sunt, postliminio non continentur: qualis est verbi causa possessio: quæ idcirco interrupta captivitate non restituitur, *l. denique 19. ex quib. ca. maj. l. cùm hæredes 23. §. 1. de acq. poss.* Sicut autem postliminio reversus jura recipit, ita & in ipsum jura restituuntur, *l. 6. d. l. in bello 12. §. cætera 6. de capt.* Neque homines solùm, sed etiam agri, *leg. si captivus 20. §. 1. eod.* adeoque quodvis jus solo adhærens postliminium habet per *l. 6. de rer. div.* uti & loca sacra ac religiosa, *l. cum loca 36. de rel.* At rebus mobilibus postliminium non est: exceptæ tamen naves longæ atque onerariæ; muli clitellarii; equi & equæ frenum patientes, Cic. *in Top.* Gall. Æl. apud Fest. Marcell. *l. 2. prin. ff. de capt.* Quamquam hodie, ut passim tradunt morum periti, nullæ res mobiles postliminio redeant, ne naves quidem; vid. Grot. *d. cap. 9. num. 13. & seqq.* D. Tulden. *comment. ad tit. de rer. div. c. 10.*

In civitate semper fuisse) Non igitur tam captivitate patria potestas amissa reverso patre restituitur, liberive captivitate patris sui juris facti, eo reverso, iterum in potestate ejus esse incipiunt, quod velle videtur D. Mynf. quàm pater fingitur retro in civitate fuisse, liberosque in potestate etiam tempore captivitatis retinuisse, *d. l. in bello 12. §. 1. l. retro 16. l. bona 22. §. 2. eod. l. 6. §. ult. de tutel.* Nec alioqui rectè diceretur, statim liberorum pendere, aut in incerto esse; ut hic & *d. l. in bello 12.* & *l. bona 22.* nec acta à filio esse in pendenti, *l. 1. §. 1. de senat. Mac.* sed jus patris & liberorum captivitate patris extinctum postliminio restitui: acta à filio tantisper rata esse; at reverso patre infirmari. Non est autem levis momenti hæc fictio: nam inde est, quòd, quæ filius medio tempore quæsivit, pater reversus tamquam sibi quæsita occupare posit jure peculii, etiam defuncto pridem filio, *l. pen. de suis & leg. hær.* inde quoque est, quòd patre reverso denegatur actio creditori, à quo filius, dum pater apud hostes est, mutuam pecuniam accepit, quasi contra SC. credita sit, *l. 1. §. 1. de SC. Mac.* Denique hinc est, quod Ulp. respondit: Non posse ei, cujus pater in potestate hostium est, tutorem dari, *l. 6. §. ult. de tutel.* qui rectè utique daretur, si filii interim pro iis, qui sui juris sunt haberentur. Deportati & restituti patris alia ratio, *l. ult. §. 1. C. de sent. pass.*

Exinde ex quo captus est) Hæc fictio est legis Corneliæ, *l. 12. qui testam. fac. §. ult. infr. quib. non est perm. fac. testam.* eaque in omnibus partibus juris servatur, *l. in omnibus 18. de capt.*

Ipse quoque filius) Quapropter si verbi gratia in potestate fuit filius eo tempore, quo capiebatur; medio tempore patre mortuo, reversus suus hæres patri erit, *l. 9. Cod. de postl. rev.*

A limine & post) De notatione nominis postliminii controversia olim fuit inter Scævolam & Servium, teste Cic. *in Top.* Scævola junctum dicebat esse verbum à *post*, quod reditum notat, & *limine.* Servius in eo nihil spectandum præter propositionem *post*, reliquum pro-

productionis esse caudam, *liminium*. Sed rectè Scævola, cui & Festus assentitur. Nam limen & limes exitu tantùm & flexionis modo differunt; origine autem (veniunt enim ab antiqua voce *limus*, quæ transversum significat) & primitiva notione idem sunt, sicut materia & materies, contagio, & contagies, &c. quamquam usu seriore factum est, ut limen magis ad privata, limes ad publica referretur. Sic Veteres *eliminare* dicebatur è finibus ejicere, & exilium nominabant *eliminium*. Grot. *d. cap. 9. in pr.* Jos. Scal. *annot.* in Fest.

Ab hostibus recuperatur) Ad jus postliminii; nihil interest, quomodo captus revertatur, utrum dimissus, an vi vel fallacia aut victis postea hostibus; sive ut Homerus *Odyss.* 14. ἢ δόλῳ, ἠὲ βίῃ, ἢ ἀμφαδὸν, ἠὲ κρυφηδόν; ita tamen, si ea mente fuerit, ut illo novo reverteretur, *l. nihil interest 26. ff. de capt.* Et ideo Attilium Regulum, responsum est, non esse postliminio reversum, quia juraverat, Carthaginem se reversurum, *leg. 5. §. 3. d. tit.* Grot. *d. lib. 3. cap. 9.* Vinn. Immo & ad redemptos hoc jus pertinet, dummodo ei, qui redemit, lytrum fuerit redditum, *l. 12. §. 7. l. 15. & l. 20. ff. de captiv.* Hein.

Textus.

De emancipatione: item de modis & effectibus ejusdem.

6. Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones & intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformavit: ut fictione pristina explosa, recta via ad competentes Judices, vel Magistratus parentes intrent, & filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps à sua manu dimittant. Et tunc ex edicto Prætoris in bonis ejusmodi filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui quæve à parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel cæteri; ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

Notæ.

6. Emancipatione) Emancipatio hodie definiri potest actus legitimus, quo liberi è manu patris apud competentem judicem dimittuntur.

Judices vel Magistratus) ἐξηγητικῶς, ne quis putet, judices hic intelligi pedaneos. apud quos lege agi non potuisse constat. Extat constitutio Justiniani in *l. ult. C. de emanc. lib.*

A Parente manumissus) id est, emancipatus, *tit. si à par. quis man.* redigebantur enim liberi prius in servilem causam, licet postea in imaginariam dumtaxat, *l. 3. §. 1. D. de cap. min.*

Quæ tribuuntur patrono) Emancipatus à parente liberti exitum patitur, *l. 1. l. si à par. quis man.* puta in contra tabulas bonorum possessione, *d. l. 1.* & successione legitima: *§. ult. inf. de leg. agn. succ.* sed hoc mutatum, *Nov. 118. cap. 2.*

Commentarius.

1 *Vetus emancipandi ratio exposita.*
2 *Patroni & parentis emancipatoris comparatio.*

Alius modus solvendæ patriæ potestatis hoc §. proponitur, nempe emancipatio: eaque dicitur olim celebrata fuisse per imaginarias venditiones, & intercedentes manumissiones. Hoc autem, ut penitus intelligatur, 1
sciendum est lege Romuli cautum fuisse, atque à Decemviris postea in quartam tabulam relatum, ut si pater filium ter, filiam autem & cæteros liberos semel mancipasset, hoc est, vendidisset; manumissi postea ab emptore sui juris efficerentur: ille trina manumissione, hi unica. Ad cujus emancipationis imaginem atque usurpationem vetustatis postea institutum est, ut pater, simulato, & dicis causa, accepto uno nummo, filium ter, cæteros liberos semel apud Magistratum venderet, contracta cum emptore fiducia, qui ob id pater fiduciarius appellabatur, ut is acceptos manumitteret: filium ter, cæteros semel, atque ita liberi sui juris ac potestatis fierent. Solebat autem pater naturalis sibi cavere de filio post tertiam mancipationem sibi remancipando, itemque de cæteris liberis sibi remancipandis, quo ipse potius eos manumitteret, & jura patroni consequeretur, quàm extraneus manumissor sive emptor ille imaginarius. Atque hac cautione interposita in specie dicitur emancipatio fieri contracta fiducia, *§. ult. infr. de leg. agn. succeff.* Hæc ex Dionys. Halicarn. *lib. 6. 2.* Boer. *in Top. Cic.* Cajo *lib. 1. t. 6.* Ulpian. *tit. 10. l. ult. & pen. Cod. de emanc. lib.* Vinn. Ordinem aliquantulum turbasse videtur Vinnius. Pater filium primò vendebat, & mancipabat per æs & libram. Emptor eundem manumittebat. Quum verò Manumissus ex lege Romuli

li in patriam potestatem recideret, pater eum iterum vendebat, emptor iterum manumittebat. Quum & ita recideret in potestatem patris, hic eum tertium mancipabat, addito contractu fiduciæ, ut Emptor eum remanciparet patri. Quo facto hic eum manumittebat, adeoque tanquam manumissor jura patronatus retinebat in filio. Vid. *antiq. nostr. Rom. h. t.* HEIN.

Ex imperiali rescripto) Hic modus emancipandi ab Imperatore Anastasio introductus est, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula, potestate ab Imperatore impetrata, ejusque rescripto apud Magistratum exhibito, liberos emancipari permisit, modò filius infante major consentiret: *l. pen. C. de emanc. lib.*

Etiam hoc in melius reformavit) Nimirum quòd Anastasius de precibus super emancipatione Principi offerendis ejusque rescripto prius impetrando constituerat; ut jam ex constitutione Justiniani emancipatio etiam fiat sola professione patris apud competentem judicem denuntiantis, se filium suo juri permittere. Extat constitutio *l. ult. C. de emanc. lib.*

Ad competentes Judices vel Magistratus) Explicativè. Nam & Magistratus, qui tribunali aut jurisdictioni præsunt, Judices appellantur, *l. 1. de judic. tit. de reb. auct. jud. poss.* & passim in constitutionibus posteriorum Imperatorum. Quod moneo, ne quis putet Judices hic intelligi pedaneos, sive qui à magistratibus causis privatis cognoscendis & judicandis dabantur: apud quos lege agi non potuisse, plusquam manifestum est. Sed nec apud eum, cui mandata est jurisdictio, legis actionem fuisse. Marcian. & Vulp. testantur *l. 2. §. 1. l. seq. de offic. procons.* de quo plura ad *§. 8. inf. eod.*

A manu sua dimittant) Manumitti non tantùm servi à domino, sed etiam filii & filiæfamilias à patre dicuntur, pro emancipari. *tit. si à par. quis man.* propterea quòd jure antiquo in patris sui manu mancipioque erant, & venditi ac mancipati in servilem causam redigebantur, licèt postea in imaginariam dumtaxat, *l. 3. §. 1. de cap. min.* Hinc emancipatus à parente liberti exitum pati dicitur, & parens patroni personam sustinere, *l. 1. d. tit. si à par. quis man.*

Ex edicto Prætoris eadem jura) Nimirum ut
2 parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur, si testamento facto ab emancipato præteritus sit, *d. tit. si à par. quis man.* Sed & jus legitimæ successionis huic patri à Justiniano datum est, perinde quasi contracta fiducia eum emancipasset: hoc est, ex lege fiduciæ sibi remancipatum manumisisset, *§. ult. inf. de leg. agn. suc.* Et hoc ad similitudinem patroni, quem ad hæreditatem liberti intestato sine liberis mortui jam olim lex 12. tabularum vocabat, *infr. de success. libert.* Non tamen usque adeo exæquatur patrono parens, ut etiam liberi ejus ad successionem aut contra tabulas bonorum possessionem veniant, *l. 1. §. liberos 5. si à par. quis man.* aut ut etiam actio Calvisiana parenti detur, *l. 2. eod. tit.* aut denique ut rectè stipuletur à filio operas, *l. 4. eod.* Jure authentico plenissimè de ratione succedendi cautum est, ex quo parens manumissor jure patroni quoad emolumentum successionis uti desit, *Nov. 118. cap. 2. Nov. 115. cap. 4.*

Tutelam ejus nanciscitur) Consequens erat eum onus tutelæ subire, qui speraret successionem, *l. 1. de legit. tut.* Agitur de hac tutela *infr. tit. 18.*

TEXTUS.

Si alii emancipentur, alii retineantur in potestate.

7. *Admonendi autem sumus, liberum arbitrium esse ei, qui filium, & ex eo nepotem vel neptem in potestate habet, filium quidem in potestate dimittere, nepotem verò vel neptem retinere, & è converso filium quidem in potestate retinere, nepotem verò vel neptem manumittere: vel omnes sui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta esse intelliguntur.*

NOTÆ.

7. *Nepotem manumittere*) Notandum est, in filiosfamilias idem esse manumittere, ac ex potestate dimittere, sui juris efficere, emancipare.

COMMENTARIUS.

Totus hic locus descriptus est ex Cajo *l. liberum 28. de adopt.* Illud hic quæritur, an ejus quoque, qui à parente manumittitur, voluntas spectanda sit: an verò etiam invitus emancipari possit? Et puto idem hic dicendum quod de eo dicitur, qui patri in adoptionem datur, *§. seq. l. neque absens 24. de adopt. l. 5. C. eod.* nimirum necesse non esse: ut expressè consentiat. Cæterum non oportere eum dissentire, aut contradicere, *arg. l. pen. in fin. C. de emanc. lib. Nov. 89. cap. 11.* Paulus quoque *lib. 2. sent. 25. in fin.* scribit: Invitum filiumfamilias non emancipari. An au-

autem & quando qui tacet consentire intelligatur, non est hujus loci disputare. Tractant tamen hanc quæstionem Jo. Fab. & Ang. & Mynf. ad hunc locum.

TEXTUS.

De adoptione.

8. *Sed & si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali secundùm nostras constitutiones super his habitas in adoptionem dederit: id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem Judicem manifestaverit; præsente eo qui adoptatur, & non contradicente, necnon eo præsente qui adoptat; solvitur quidem jus potestatis patris naturalis: transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona & adoptionem esse plenissimam, antea diximus.*

COMMENTARIUS.

1 *Antiquitus neutiquam alieno nomine lege agi potuisse: eamque naturam actus voluntariæ jurisdictionis retinuisse.*

2 *Actus voluntariæ Jurisdictionis expediri non posse apud eum, cui jurisdictio mandata est.*

AVo vel proavo naturali) Nam si extraneo in adoptionem datus sit, jura patris naturalis integra manent, *l. pen. C. de adopt.* §. 1. *sup. eod.* ubi dictum est.

Apud competentem judicem) Non apud judicem pedaneum, cujus nulla jurisdictio est: sed apud ipsum Magistratum, & eum, qui legis actionem habet; ut notavimus ad §. *hujus tit.* 6.

Et non contradicente) Hoc etiam paulo ante tetigi. Locus autem hic descriptus est ex *l. ult. C. de adopt. facit l.* 5. *ff. eod.*

Nec non eo præsente, qui adoptat) Absens adoptare non potest, *leg. post mortem* 25. §. 1. *de adopt.* quia, ut ait ibi Jurisconsultus, nemo per alium ejusmodi solemnitatem peragere potest. Atque eò pertinere arbitror, quod regula juris in genere definit: Neminem alieno nomine lege agere posse, *leg. nemo* 123.
1 *de regul. jur.* Quod olim quidem commune fuisse verisimile est omnium legis actionum, etiam earum, quibus cives inter se disceptabant, & quæ pertinebant ad contentiosam jurisdictionem, *arg. pr. tit. de iis per quos ag. poss. inf. lib.* 4. sed postea proprium tantùm quorumdam esse cœpisse, & maximè eorum actuum, qui, quòd inter volentes expediuntur, dicuntur esse voluntariæ jurisdictionis; cujusmodi sunt manumissio, adoptio, emancipatio, quæ veterem naturam retinuerunt, *l.* 3. *C. de vind. lib. l. neque* 24. & *l. seq.* §. 1. *de adopt.* etiam adoptio nova Justiniani, ut hic, & *d. l. ult. C. de adopt.* Idem quoque probabile est observatum fuisse in persona Magistratus. Existimo enim, nec hujusmodi actus 2
Magistratibus mandari potuisse, neve mandata jurisdictione transisse in eum, cui mandata esset, contra quam DD. vulgo sentiunt, *arg. l.* 1. *C. de adopt. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *de off. proc.* Ex quibus locis discimus, ea, quæ sunt voluntariæ jurisdictionis, non nisi apud eum expediri posse, apud quem plena legis actio est: eum autem, cui mandata est jurisdictio, talem jurisdictionem non habere, adeoque omnino non esse apud eum legis actionem. Negotium tamen facit *l.* 17. §. 1. *de man. vind.* Cujac. 1. *obs.* 1. & 15. *obs.* 19. negationem inserit. Alii pro (*apud legatum ejus*) legunt (*Cæsaris*) suspicantes errorem ex notis natum *ejus* & *Cæs.* VINN. Posterior emendatio non minus violenta, ac prior. Ego hic antinomiam inter *l.* 17. §. 1. *ff. de man. vind.* & *l.* 2. & 3. *ff. de off. procos.* agnosco, inde forsan ortam, quòd Tribonianus de legatis Cæsarum pro consule dixerat. Facilis enim lapsus fuit in vocabulis, *legatus pro consulis* & *legatus pro consule.* Ille mandata Jurisdictione gaudebat, hic, tanquam præses provinciæ, propria, adeoque & legis actio apud illum erat, *l.* 2. & *l.* 17. *ff. de off. præf.* HEIN.

Transit autem in parentem adoptivum) Per adoptionem igitur non efficitur filiusfamilias sui juris, sed vel in alienam familiam transit, vel remanet in potestate patris naturalis.

TEXTUS.

De Nepote nato post filium mancipatum.

9. *Illud scire oportet, quòd si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua; nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quòd si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit; patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subjicitur.*

COMMENTARIUS.

NEpos non ex nativitatis, sed ex conceptionis tempore familiam sortitur: quia ex eo tempore jam in rerum natura esse creditur, *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* Ulp. *tit.* 5. §. 9.

Sic

Sic & iis qui conceptus est prius, quàm pater Senatu moveretur, Senatoris filius intelligitur, *l.* 7. §. 1. *de senat.* Et responsum est conditionem: *Si sine liberis*, defecisse, si ante deportationem patris liberi concepti sint, licèt postea edantur, *l. ex facto* 17. §. *ex facto* 5. *ad sen. Treb.*

TEXTUS.

An Parentes cogi possint, liberos suos de potestate dimittere?

10. *Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo pene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus modis more harum regionum parentum potestas solvitur?*

QUemadmodum liberi, qui vel ab initio sui juris fuerunt, vel postea facti sunt, inviti in potestatem patris non rediguntur, *l. ult. de his qui sui vel al. jur. Nov.* 89. *cap.* 11. ita nec vice versa à liberis in potestate constitutis cogi parentes possunt, ut eos à potestate sua dimittant, *l. non potest* 31. *de adopt. l. nec avus*, 4. *C. de emanc. lib.* ex quo loco etiam ratio hujus juris peti potest. *Pene*) Ait, *pene*, propterea quod aliquando audiuntur; qui emancipari desiderant, ut impubes, qui adoptatus est, pubes factus, *l. nonnunquam* 32. *de adopt.* Sed & alios, si justa causa sit, audiri æquum est; veluti à patre ad turpitudinem adigantur, *l. si lenones* 12. *Cod. de episcop. aud.* aut malè contra pietatem afficiantur, *l. ultim. si à pat. quis man.* Sed & is filium emancipare cogitur, qui legatum ea conditione sibi relictum agnovit, *l. si cui* 92. *de condit. & demon.* Et jure novissimo etiam de potestate patris exeunt liberi, si pater incestas & nefarias nuptias contraxerit, *Nov.* 12. *cap.* 2.
1 Apud nos & in cætero Belgio singularis illa Romanorum in liberos potestas incognita est, ut jam aliquoties diximus. Sed & jus, quod parentes in liberos habent, propriis quibusdam modis solvitur: manente tamen semper naturali reverentiæ & obsequii debito. Primùm enim moribus nostris exeunt liberi de potestate parentum, non tantùm emancipatione illa expressa sive Justinianea, cùm apud Magistratum de manu dimittuntur; sed etiam tacito quodam emancipationis modo, permittente videlicet patre filium seorsum habitare, & mercaturam, aut opificium aliquod exercere: at hac ratione liberi potestate patria soluti hoc consequuntur, ut & bona sua ipsi administrare & in judicio consistere possint. Christin. *d. vol.* 4. *dec.* 186. *num.* 11. Grot. 1. *manud.* 6. Apud Frisios tamen hic modus receptus non est. D. Joan. à Sande *lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 6. Secundò nuptiis quoque sive matrimonio liberorum patris potestas solvitur: unde apud nos nulli liberorum sunt in potestate avi, Gudel. *lib.* 1. *de jur.nov. cap.* 13. Christin. in *d. vol. dec.* 185. *num.* 7. Grot. *d. loc.* quod secus fuisse jure Rom. ostendimus ad §. *ultim. sup. de patr. potest.* Tertiò desinunt liberi in potestate esse patris, si ei ut prodigo, curatore dato; bonis interdictum sit, Grot. *d. loc.* quod & ipsum jure Rom. incognitum est. Postremo si quid liberis obvenerit, puta ex hæreditatibus; legatisve aut donationibus propinquorum aut amicorum, earum quidem rerum cura, atque administratio patri competit, sed haud secus ac tutori, aut curatori; ideoque hoc jus etiam solvitur, ubi liberi ad eam ætatem pervenerint, qua curatio finiri solet; nempe anno ætatis eorum vigesimo quinto, Gudel. *d. cap.* 13. *in fin.* Tulden. *com. hic cap.* 2. Christin. *d. decis.* 186. *num.* 9. *add.* Guid. Pap. *qu.* 54. Boer. *ad consuet. Bitur, de jure pers.* Pet. Greg. 11. *syntagm. c.* 10. Groenevv. *de legib. abrog. ad hunc tit.* VINN. Quæ de Frisia ex Sandio adspersit Vinnius cum iis jungenda, quæ tradit Huber. *Præl. ad tit. Inst. & ff. de emancip.* HEIN.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE TUTELIS.

D. Tit. 1. *Lib.* 26. *& Novell.* 72.

Ratio Ordinis.

HUcusque dictum est de iis, qui sunt juris alieni: quæ prima pars est divisionis supra positæ *tit.* 8. Superest, ut ad eos nos conferamus, qui sui juris sunt; quos pars altera dictæ divisionis complectitur.

TEXTUS.

De Personis sui juris.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum

narum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt; quædam vel in tutela sunt, vel in curatione; quædam neutro jure tenentur. Viderimus ergo de his, qui in tutela vel curatione sunt. Ita enim intelligemus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his, qui in tutela sunt.

COMMENTARIUS.

1 *Summa reliquorum hujus libri capitum.*

1 NAm ex his personis) Eorum, qui sui juris sunt, quidam sunt in tutela; alii in curatione; cæteri neutro jure tenentur: quæ posterioris partis illius, quam dixi, divisionis subdivisio est. In hac autem parte primò exponitur, quid sit tutela; deinde species ejus singulæ ordine explicantur; tum de vi atque effectu tutelæ sine auctoritate tutorum porro agitur; ac mox de contrariis, & quibus modis tutela finitur. Inde ad curationem ac curatores progressio fit. Postremò tractatur de satisdationibus, excusationibus, & suspicionibus, quæ utriusque muneris communia sunt.

In potestate non sunt) Patria sc. vel dominica, in qua qui sunt, non sui, sed alieni juris sunt: alioqui & tutela species quædam est potestatis, (quod verbum & alia plura significat, *l. potestatis* 215. *de verb. signif.*) sed quæ ad statum & caput ejus, qui in tutela est, non pertinet, nec ad commodum tutoris comparata est, sicut patria & dominica ad patris & domini. Pupillus enim non in manu aut familia tutoris, sed sui juris est; nec illi acquirit, sed sibi; ut loquitur Spartian. *in Aureliano.*

TEXTUS.

Tutelæ definitio.

1. *Est autem tutela (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa.*

NOTÆ.

1 *Vis ac potestas*) Ita & §. *seq.* & Servius *l.* 1. *hoc tit.* Hæc duo quoque junguntur, §. 3. *inf. de interd. l.* 17. *de legib. l.* 7. *Cod. de cod.* Cicer. 1. *de nat. Deor.* Gloss. Basil. δύναμις καὶ ἐξουσία. Theoph. δίκαιον, καὶ ἐξουσία. *Jus & potestas*; significatur autem verbis istis facultas & jus pro auctoritate quid faciendi.

In capite libero) ἀρχαικῶς pro *in caput liberum*, ut in 12. tab. *in eo pecuniaque ejus potestas esto*; item in formula abrogationis. Gell. 5. 19. & Cic. *pro dom.* Caput autem liberum pro pupillo, & persona, quæ sui juris est, *d. cap.* 19.

Per ætatem) In Florent. est *Propter ætatem*, *leg.* 1. *eod. Propter ætatis infirmitatem.* Ulp. *tit.* 11.

COMMENTARIUS.

VIs ac potestas) Ita & in *l.* 1. *pr. D. eod.* Generis loco ponitur *vis ac potestas*, quæ duo frequenter conjunguntur; ut in *leg. scire* 17. *de legib.* §. *adipiscendæ* 3. *inf. de interd.* & significant δύναμιν, ἐξουσίαν, sive facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi statuendive, tum in persona pupilli, tum in rerum pupillarium administratione, ὁμωνυμία in verbo potestatis jam nota est.

In capite libero) Objectum tutelæ, & est vetus locutio, pro *In caput liberum*, ut in illo 12. tabularum: *Si furiosus existat, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Item in formula abrogationis apud Agell. 5. *cap.* 19. *Utique ei vitæ necisque in eo potestas siet.* Caput autem liberum pro homine libero Veteres dicebant. Ciceró 4. *Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Liv. *lib.* 31. *cap.* 21. *Libera capita sine pretio dimisit.* Hinc caput liberum facere apud Plaut. *Mercat. act.* 7. *sc.* 2. *v.* 41. *seq.* pro manumittere, & eos plerumque, qui etiam sui juris essent, hoc verbo intelligebant: quomodo Agellius *d. loco* pupillum caput liberum appellat, id est, sui juris. Alii hæc verba ad tutorem referunt, quod etiam per me licet.

Ad tuendum eum) Hæc verba finem tutelæ indicant, & simul officium tutoris: nam ut tutela pupillorum gratia constituta est, ita & ad utilitatem eorum tota referenda. Distinguunt itidem tutelam à patria potestate, quæ magis ipsius patris causâ comparata est, sicut & dominica domini, cujusque vis non minus in coercendo, quàm in tuendo filio posita est. Innuunt præterea, tutorem principaliter personæ dari, non certæ rei aut causæ, in quo differt à curatore, §. 4. *seq. tit.* junct. §. 2. *inf. de curat.*

Qui per ætatem se ipse defendere) His verbis distinguitur tutela à curatione: quippe quæ comparata est eorum omnium causâ, qui rebus suis ipsi superesse non possunt, licèt propter aliam causam, quàm ætatem: ut sunt furiosi, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant, §. 3. & 4. *inf. de curat.* In Flo-

Florent. est, *propter ætatem.* Theoph. διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελές.

Jure civili) Clausula hæc ad definitionem necessaria non est, sed ideo adjecta, ne quis putet, hanc potestatem temere, & pro arbitrio à quibusvis posse usurpari, aut ad eos, qui non sunt cives Romani pertinere: nam tutela, licet ortum ex jure gentium trahat; ad jus tamen civile refertur eo modo, quo pleraque alia, ut nuptiæ, patria potestas, testamenta, & cætera id genus.

Data ac permissa) Datur legitima, hoc est, legitimi tutores immediatè sine facto testatoris aut Magistratus à lege ad tutelam vocantur, *l. 5. in pr. & l. 6. de lege tut.* Permittitur, quæ prius data est aut testamento, aut à Magistratu, illa lege 12. tabb. *l. 1. de test. tut.* hæc aliis legibus & constitutionibus, *inf. de Attil. tut.* Atque hinc etiam peti potest aliqua tutelæ divisio tamquam à causa efficiente, partim proxima, partim remota, Vinn. Ita quidem vulgo hanc definitionem Servii interpretantur. Sed quum Servius tutelam in genere definiat, quæ tempore illo non modo ad impuberes, sed ad fœminas etiam omnes, quæ in manum non convenerant, pertinebat: procul dubio Tribonianus eam aliquantulum mutavit. Puto itaque talem fuisse Servii definitionem: *Tutela est vis & potestas*, (potestas in fœmina; vis & potestas simul in pupillo,) *in capite libero*, (pupillo vel fœmina,) *ad tuendum eum eamve, qui quæve per ætatem vel sexus infirmitatem se defendere nequit, jure civili* (vel expressè) *data* (uti tutela pupillari,) *vel permissa* (& tacitè moribus invecta, uti tutela fœminarum.) Rem alibi demonstrabo. Jam id addo & Constant. Harmenopulum *l. 5. c. 11. §. 1.* ea quæ omissa à Triboniano suspicamur, restituisse dum ait. ἢ διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελές, ἢ διὰ τὸ τῆς ἐυπραγίας ἀσθενὲς ἐπιτετραμμένη. *Aut ob ætatis infirmitatem aut rei gerendæ imperitiam permissa.* Quis Harmenopulum ea in re auctores suos sequutum esse dubitet? Hein.

Textus.

Definitio & Etymologia Tutoris.

2. *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, ficuti Æditui dicuntur, qui ædes tuentur.*

Commentarius.

Qui eam vim ac potestatem) Si tutela est potestas ad tuendum eum, qui in tutela est, qui eam potestatem habet, rectè tutor dicitur, argumento à conjugatis.

Tutores sive tuitores) Ἐτυμολογία, sive notatio verbi tutoris, *l. 1. §. 1. eod.* Tutela quoque idem erat Veteribus quòd tuitio; sicut cautela idem erat Veteribus quòd cautio.

Sicuti Æditui) Æditiuus est ædis sacræ tuitor, id est curam agens, auctore Festo Veteribus dicebatur *Æditumus*, si Gellio credimus *lib. 12. cap. 10.* ἱεροφύλακα vocat Scævola *l. 20. §. 1. de ann. legat.* Vinn. Conferendus omnino V. C. Car. Andr. Dukerus *de Latinit. JCt. vet. p. 28.* Ubi hanc etymologiam contra L. Vallæ criticam defensam videmus. Hein.

Textus.

Quibus testamento tutor datur, & primùm de liberis in potestate.

3. *Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo: nepotibus verò neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit; nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutores habere, quamvis in potestate tua fuerint: scilicet quia mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.*

Notæ.

3. *Liberis impuberibus*) Etiam exhæredatis, *l. 4. de test. tut.* Nec obstat *l. 73. §. 1. de reg. jur.* Quoniam exhæredatio non extinguit jus sui hæredis, aut impuberem facit suæ potestatis, *§. 4. inf. de pup. subst.*

Quos in potestate habent) Tutela jure patriæ potestatis mandatur, *l. 40. de adm. tut. l. 1. de test. tut. d. l. 73. §. 1.* Itaque nec pater filio emancipato, nec mater liberis tutorem jure dare potest, sed opus est confirmatione, *tit. de conf. tut.*

Testamento) Codicillorum usu recepto, etiam codicillis testamento confirmatis dari tutores cœperunt, *l. 3. de test. tut.*

In potestatem patris) *L. 1. §. ult. eod.* Quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris: nec dari, nisi suo hæredi, *l. 73. §. 1. de reg. jur.* junct. *§. 2. infr. de hær. qual.*

Non poterunt ex testamento, &c.) Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes & in potestate, *l. 10. §. 2. de test. tut.*

COMMENTARIUS.

Species tutelæ tres sunt; testamentaria; legitima; & Attiliana sive dativa, quas nunc ordine persequitur, initio facto à testamentaria, quæ reliquis duabus potior; est *inf. tit.* 15. *in pr. l.* 9. §. 1. *in fin. de tut. & rat. dist.* sicut & in deferenda hæreditate potior causa est hæredum ex testamento, quàm ab intestato, *l. quamdiu* 39. *de acq. hær. l.* 89. *de reg. jur.* Ait, permissum esse parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare, paucis verbis complectens & personam dantis & ejus, cui datur, & formam dandi sive modum. In persona dantis exigit, ut sit parens: in persona eorum, quibus datur, ut sint liberi, ut impuberes, ut sint in potestate dantis: sunt & qui quartum requirunt, ut hæredes instituantur, contra expressum textum *l.* 4. *de test. tut.* & jus veteris patriæ potestatis, *arg.* §. 4. *inf. de pup. subst.* In modo dandi, ut detur testamento. Testamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis testamento confirmatis scriptus est, *l.* 3. *de test. tut.*

In filios, filiasque, &c.) Lex duodecim tab. generali vocabulo liberorum usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur fœminæ sint, quibus tutor datus est, sive masculi, sive filii, sive nepotes, quia hi omnes appellatione liberorum continentur, §. *ult. seq. tit.* valet datio. Cæterum in nepotibus non aliter procedit, quàm si post mortem avi in potestatem patris sui non recidant: quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris, *hoc tit. in pr.* Deinde nepos quamdiu pater eum in familia præcedit, non est suus hæres avo, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* tutor autem dari non potest, nisi suo hæredi, *l. quo tutela* 73. §. 1. *de reg. jur.*

TEXTUS.

De Posthumis.

4. *Quum autem in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habeantur; & in hac causa placuit non minus posthumis, quàm jam natis tutores dari posse, si modo in ea causa fint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui hæredes, & in potestate eorum fierent.*

NOTÆ.

4. *Pro jam natis*) Quoties de eorum commodo quæritur; ut hic, *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* aliis autem non prosunt nisi natis, *l.* 231. *de verb. sign.* exemplum in *l.* 2. §. 6. *de exc. tut.*

Sui hæredes, & in potestate) *Leg.* 73. §. 1. *de regul. jur.* Nec minus tamen utilis est tutoris datio, si nati sint vivo patre, *leg.* 16. §. *ult. de test. tut.*

COMMENTARIUS.

Quod de tutore liberis jam natis dando dictum est, id hic etiam ad posthumos producitur, hoc est ad eos, qui tempore facti testamenti adhuc in utero sunt. Et ait Imp. etiam his testamento tutores dari posse hac ratione, quia qui in utero sunt, plerisque juris articulis pro jam natis habentur: nempe quoties de commodo eorum quæritur, ut in casu proposito, *l.* 7. & *l. pen. de stat. hom.* Poterat & à jure patriæ potestatis ratio peti, *arg.* §. 1. *infr. de exhæred. lib.* §. 4. *inf. de pup. subst.*

Sui hæredes & in potestate) Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare potest, nisi quos in potestate & in suis hæredibus, cùm moritur habet; ita nec posthumis potest nisi iis, qui, si vivo parente nascerentur, sui hæredes & in potestate ejus futuri essent. Uunmque Q. Mucius paucis complectitur. *Nemo*, inquit, *potest tutorem dare cuiquam nisi ei, quem in suis hæredibus, cùm moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset*, *l. quo tutela* 73. §. 1. *de reg. jur.* Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes in potestate est, *l.* 10. §. 2. *ff. de test. tut.*

TEXTUS.

De Emancipatis.

5. *Sed & si emancipato filio tutor à patre datus fuerit testamento; confirmandus est ex sententia Præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.*

NOTÆ.

5. *Emancipato filio*) Idem est, si etiam non emancipato datus sit, codicillis non confirmatis, *l.* 1. §. 1. *de confir. tut.*

Omnimodo) Ita ἐπὶ τὸ πλεῖστον, *ut plurimum d. l.* 1. §. 2. interdum enim à voluntate patris recedet Prætor, *leg.* 9. & 2. *seqq. eod. l.* 4. *de test. tut.*

Sine inquisitione) Et sine satisdatione, *d. l.* 4. *d. l.* 1. §. 2. *l.* 3. *l.* 6. *eod.* A matre autem datus filio instituto (nam exhæredato à matre dari non potest, *d. l.* 4.) non satisdat quidem,

dem, sed ex inquisitione confirmatur, *l.* 2. *de conf. tut. d. l.* 4. Ex *l.* 4. *C. de test. tut.* tollenda est negatio in illo loco, *Quando autem eos hæredes* (*non*) *instituerit.* Cujac. Fabrot.

Commentarius.

1 *Quibus ex rebus æstimandum, an tutor jure datus sit.*
2 *In quibus differat confirmatio tutoris à patre non rite dati, & dati à matre, vel extraneo.*
3 *Explicatio l. 4. C. de test. tut.*
4 *Confirmatos tutores non pro dativis, sed pro testamentariis habendos.*
5 *In his regionibus fere duo tantum esse genera tutorum, remissivè.*

E*Mancipato filio*) Dicimus *tit. præc.* §. *præterea* 6. liberos per emancipationem potestate patris sui liberari; quamobrem pater non jure, neque ex præscripto legis 12. tab. tutorem dat filio emancipato: sed tamen qui ita non jure datus est, confirmatur auctoritate Magistratus, & quidem simpliciter, sive omnimodo, ut hic loquitur Justinianus, id est, sine inquisitione, sitne idoneus, necne. Locus postulat, ut de confirmandis tutoribus paulo quàm hic factum est
1 *differamus* accuratius. An tutor jure datus sit, ex hisce tribus potissimum æstimatur; ex persona dantis, si parens est; ex persona eorum quibus datur, si sint liberi impuberes & in potestate dantis; ex modo dandi, si detur testamento aut codicillis testamento confirmatis, §. 3. *sup. eod.* Quapropter si quis alius, quàm parens tutorem dederit: aut parens quidem, sed dederit liberis licèt impuberibus, qui in ejus potestate non sunt; aut non dederit testamento sive codicillis testamento confirmatis; datio ipso jure non valet. Cæterum cùm reverentiæ, tum affectui eorum, qui impuberibus non legitimè tutores dederunt; tributum est, ut quod deficit, à Magistratu repleatur, datique confirmentur, *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.*
2 Confirmatio autem hæc non est unius modi. Interest enim, an pater tutorem non jure dederit, an quis alius præter patrem. Judicio patris hoc datum, ut si is aut non jus testamento, aut codicillis non confirmatis, aut quocumque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter confirmandus sit, hoc est, sine inquisitione, & satisdatione ei remissa, *hoc tex. l.* 1. §. 2. *l.* 3. *l.* 6. *de confirm. tut.* nisi quòd ex causa nonnumquam inquisitio fiat, ut in casibus *l.* 8. *& seqq. d. t. l.* 4. *de test. tut. l.* 3. §. 3. *de adm. tut.* & quod in naturalibus liberis distinguitur, utrum pater, qui tutorem dedit, aliquid iis reliquerit, an nihil, *l.* 7. *d. tit. l. ult. C. eod.* Quòd si alius quàm pater tutorem dederit; sive mater sit, sive patronus, sive extraneus quis; non aliter hic tutor confirmatur, quàm si & hæres impubes institutus sit, *l.* 4. *de test. tut. l.* 4. *de conf. tut.* Quæ etiam ratio est, cur datio sustineatur, *d. l.* 4. *de confirm. tut.* & inquisitio præcesserit, *l.* 2. *l.* 5. *d. tit. l. qui in tutelam* 28. §. 2. *de test. tut.* Hoc interest, quòd à matre datus satisdatione non oneratur, sed ab ipso Prætore ex inquisitione confirmatur, *l.* 2. *de conf. tutor.* Cæteri fere remitti solent ad Magistratus municipales confirmandos, præstita satisdatione, *l.* 5. *d. tit.* Quod autem 3
diximus, à matre datum tutorem non aliter confirmari, quàm si hæredem filium instituerit; ei obstat *l.* 4. *C. de testam. tut.* ubi & liberis non institutis à matre datum confirmari solere rescriptum est. Respondent nonnulli, hoc fieri solitum, non ex juris aliqua constitutione; sed ex usu; quod non placet. Nam retenta lectione negativa, hæc erit rescripta sententia: quod tutor à matre liberis institutis testamento datus, rectè datus intelligatur, nec egeat confirmatione, secus si non institutis, id est, præteritis aut exhæredatis dederit; quod apertè falsum est. Tollenda omnino in *d. leg.* 4. negatio cum Cujacio & Fabroto, ex illis verbis: *Quando autem eos hæredes* (*non*) *instituerit*; quomodo detracta scilicet negatione, & in quibusdam codicibus legi testatur Pacius: ita omnia & inter se & cum ratione juris optimè convenient. Ne quis ex eo, quod simpliciter dixerat Imperator, non posse matrem filiis testamento tutorem dare, nisi eos hæredes instituerit, putaret, cùm eos hæredes instituerit, dationem sustineri ipso jure; mox quomodo hoc, quod dixerat, intelligendum sit, declarat: nempe etsi ne tunc quidem cùm liberis institutis mater tutorem dat, ipso jure datio valeat; datum tamen à Præsidibus confirmari solere. Et sic bene quoque se habent ila sequentia, *Nullo verò ex his interveniente, &c.* nempe si aut mater non instituto filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confirmatus. Pater verò etiam filio exhæredato jure tutorem dat, *l.* 4. *l.* 26. §. 2. *l.* 31. *de test. tut.* quoniam exhæredatio jure patriæ potestatis fit, quàm delegatur tutela. Porro tutores ita confirmati sub eodem genere 4
cum testamentariis comprehendi possunt. Primùm quia perinde confirmati dicuntur, ac si ex testamento tutores essent, *l.* 3. *eodem*, nisi quòd à matre aut ab extraneo dati ex inqui-

ſitione confirmentur, quod naturam tutoris non mutat, *argum. l. 8. & ſeqq. eod.* Deinde quia confirmatio non pendet à voluntate & ſola poteſtate confirmantis, ſed magis in neceſsitate juris poſita eſt: tenetur enim Prætor datum confirmare, & judicium defuncti, cujus proinde potiſsima ratio habetur, in confirmando ſequi, *l. 1. §. 1. eod. l. Neſennius 32. de excuſ.* Unde apparet, etiam ante quàm confirmentur, pro teſtamentariis quadantenus haberi, ut legitimis præferantur: & malè ratiocinari eos, qui ob id, quòd is qui confirmat aliquando dare cenſetur, per *l. 130. de verb. ſign.* tutorem confirmatum pro dativo potiùs quàm teſtamentario habendum exiſtimant; confundentes confirmationem neceſſariam cum ea, quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique teſtamentarius curator disertè appellatur, qui teſtamento datus confirmatus eſt, *l. 7. rem pup. ſalv. fore.* Planè non omnes hujus tutelæ ſpecies æquè propè ad teſtamentariam accedunt; nec repugno, ſi quis mixtam dici malit. Apud nos ferè duo tantùm ſunt tutorum genera; unum eorum, qui teſtamento; alterum, qui à Magiſtratu dantur; nec refert, à patre an à matre dentur; teſtamento, an codicillis. Legitimorum autem tutorum vix apud nos uſus eſt: quamquam ubi teſtamento de tutela nihil cautum eſt, ſolent & tenentur Magiſtratus audire cognatos pupilli proximos; atque ex iis, qui modò idonei ſint, tutores creare, Vid. quæ notamus *infr. in fin. tit. de leg. agn. tut.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

Conc. Lib. 26. Tit. 2. Cod. Lib. 5. Tit. 28.

Continuatio & Argumentum Tituli.

SUperiore Titulo dictum eſt de iis, qui teſtamento tutores dare & quibus poſſunt: quæ quidem ſola ſpectantur, ſed tunc tantùm, cum is, qui datus eſt, & tutor eſſe poſsit; de quo nunc deinceps diſputatur; & ſimul de modis teſtamento tutores dandi; deque intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum, quibus teſtator in dando tutore uſus ſit.

Textus.

Qui tutores dari poſſunt.

Dari autem tutor poteſt teſtamento non ſolùm paterfamilias, ſed etiam filiusfamilias.

Commentarius.

SEd *etiam filiusfam.*) Idque non teſtamento ſolùm, ſed etiam à Magiſtratu, *leg. 7. de tutel.* Nec obſtat, quòd filiusfam. in poteſtate patris eſt: nam tutela, munus eſt publicum, *inf. de excuſ. in pr.* In publicis autem cauſis filiusfam. non ſequitur jus patris, ſed pro patrefam. habetur, *l. 9. de his qui ſui vel al. jur. l. 14. ad Treb.* At enim qui eſt in aliena poteſtate, alium in poteſtate habere non poteſt, *l. ſic eveniet 21. ad leg. Jul. de adult.* Verum hoc eſt, ſed de eodem genere poteſtatis accipiendum.

Textus.

De Servo.

1. *Sed & ſervus proprius teſtamento cum libertate rectè tutor dari poteſt. Sed ſciendum eſt, & ſine libertate tutorem datum tacitè libertatem directam accepiſſe videri, & per hoc rectè tutorem eſſe. Planè ſi per errorem, quaſi liber, tutor datus ſit, aliud dicendum eſt. Servus autem alienus purè inutiliter teſtamentto datur tutor: ſed ita,* Quum liber erit, *utiliter datur. Proprius autem ſervus inutiliter eo modo tutor datur.*

Notæ.

1. *Libertatem directam*) *Leg. 32. §. 2. de teſtam. tut. l. penult. Cod. de nec. ſerv. man.* Immo fideicommiſſariam, Cujac. Vult. Bach. per *l. 9. C. de fideic. hær.* Reſp. *d. l. 9.* accipienda de eo caſu, quo ſervus tutor datus eſt codicillis, vel verbis precariis, veluti, *Peto à te hæres, ut Davus ſit tutor liberis meis*, ut in *l. 1. §. 2. de conf. tut.*

Per errorem) Eò quòd teſtator liberum eſſe putabat, cùm eſſet ſervus, *l. 22. de teſt. tut. l. 24.*

l. 24. §. 9. *de fideic. lib.* ἱκανῶς ἐπεκλάπετο περὶ τὴν τύχην αὐτοῦ ὁ διατιθέμενος, ut ibi Graeci.

Servus alienus purè inutiliter) Intellige quoad verba & sententiam: nam illa datio *Davus tutor esto*, non est pura quoad sententiam, cùm subaudiatur conditio, *cùm liber erit*. Ita Cont. ne obstet, *l.* 10. §. *ult. eod.*

Proprius inutiliter eo modo) Nec hæres eo modo rectè instituitur, *leg.* 21. *de cond. inst.* quoniam quod in nostra potestate est, in casum conferri non oportet, *l.* 22. *d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Veterum sententiæ consentaneum esse quod ait Justinian. servum proprium simpliciter tutorem datum directò liberum fieri.*

NOn solùm liberi homines testamento tutores dari possunt, sed etiam servi; quia & cum servis testamenti factio est, *l. testamenti* 15. *de test. tut.* §. *in extraneis*, *inf. de hær. qual. & diff.* Disputatur autem hoc §. de triplici forma mandandæ servis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc est: *Davus tutor & liber esto*; secunda. *Davus tutor esto*; tertia; *Davus tutor esto, cùm liber erit*. De prima specie in servo proprio nulla est controversia: in alieno favor pupilli & publicæ utilitatis libertatem fideicommissam servo defendit, ut nimirum hæres eum à domino emat & manumittat, *l.* 10. *in fin. de test. tut.* De secunda, quod quidem attinet ad servum proprium, Justinianus hunc directam libertatem tacitè accepisse scribit ac per hoc rectè tutorem esse: quod & Paulus non obscurè indicat, *l. quæro* 32. *in fin. d. tit.* cùm dicit, hoc ipso, quòd à domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eamque sibi vindicare posse, & ab adita hæreditate liberum esse. Tertia in alieno servo utilis; in proprio inanis & ludicra judicatur, tamquam si quis diceret, hæc res tibi empta sit, si voluero.

Directam) Directa libertas dicitur, quæ rectà ex testamento ad servum transit sine alterius facto aut opera, §. 1. *inf. de sing. reb. per*
1 *fid.* Putat Cujacius, eumque secuti Vultejus & Bachov. hoc à Justiniano primùm constitutum esse: sed eos refellit tum locus Pauli modò allegatus, tum quod Justinian. scribit, *l. pen. C. de nec. serv. hær. inst.* jure civili jam ante inductum fuisse, ut si quis servum suum sine libertate tutorem dedisset: ex ipsa tutelæ datione libertatem ei imposuisse præsumatur. Deinde quod idem mox constituit in servo omissa libertate hærede instituto, quod antea non obtinebat, *inf. de hær. inst. in pr.* nimirum ut hoc ipso, quòd hæres institutus est, etiam libertas ei imposita videatur, ad exemplum servi simpliciter tutoris dati. Atqui servum simpliciter hæredem institutum, nemo est qui negare possit, directò ex testamento liberum fieri ex constitutione Justiniani. Postremò cui datur fideicommissaria libertas, is non nisi volens & petens fit liber. Servus proprius tutor datur necessariò. Non obstat quod dicitur in *l.* 10. *in fin. de test. tut.* nihil interesse, suum servum an alienum quis tutorem dederit. Hoc enim ad voluntatem dandæ libertatis, non ad qualitatem datæ referendum est: siquidem servo alieno non nisi fideicommissaria defendi potest. Magis obstat *l. etsi* 9. *C. de fid. lib.* Communis responsio est, eum locum accipiendum esse de eo casu, quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis precariis, veluti: *Peto à te hæres, ut Stichus sit tutor liberis meis.* Quod etiam verba *d. l. per fideicommissum manumisisse* significant. Per fideicommissum enim nihil aliud est quàm verbis fideicommissi, quibus ut tutor esset petierat, *arg. l. qui tutelam* 28. §. 1. *de test. tut.* Franc. de Amaya nobilissimus Hispaniæ Jurisconsultus putat, Veteres ipsos hic inter se non convenisse, *lib.* 1. *jur. obs. c.* 7.

Per errorem) Quòd liber putaretur: quo casu servo tutelam mandare voluisse nemo crediditur, *l. si quis* 22. *de test. tut. l. generaliter* 24. §. *si quis tutorem* 9. *de fideic. lib.*

Purè inutiliter) Hoc est, absque conditione, *cùm liber erit*. Quid igitur est, quòd Ulpian. ait *d. l.* 10. §. *ultim. de test. tut.* in hac datione semper inesse hanc conditionem, *cùm liber erit*? An dicemus, hoc contra rationem juris benignè receptum esse? An potius sententiam testatoris inspiciendam, ut si hæc non refragetur, valeat: si manifestè repugnet, datio sit inutilis? *d. l.* 10. *in fin.* Quid enim si ita verbis purè datus est, ut nec sententia eum liberum esse testator voluerit, veluti si liberum eum esse jam ante existimavit? Et hoc verum est. VINN. Sed dicere malim, veteres hic dissensisse & Justinianum quidem eorum probasse sententiam, qui expressè addendam hanc conditionem existimabant. Tribonianum autem *l.* 10. §. *ult. ff. de test. tut.* incautè inseruisse Pandectis, quod & alias aliquando factum est. HEIN.

Proprius autem servus inutiliter) Nam perinde, ac si diceret testator, tutor esto, cùm à Domino suo libertatem adeptus erit, quod cùm Dominus ipse loquitur, apertè ludificari & nihil agere intelligitur, veluti si quis dicat,

hæc res tibi empta eſt, cùm eam tibi vendidero.

TEXTUS.

De furioſo & minore 25. annis.

2. *Furioſus vel minor viginti quinque annis tutor teſtamento datus, tutor tunc erit, quum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit factus.*

COMMENTARIUS.

TUtores teſtamento dari poſſunt, non ſolùm qui tempore facti teſtamenti jam idonei ſunt ad tutelam adminiſtrandam, verùm etiam qui eo tempore idonei non ſunt, modò tales ſint, ut natura poſtea idonei fieri poſsint, quales ſunt furioſi, & minores 25. annis.

Quum compos mentis) Proculo videbatur, furioſum teſtamento tutorem purè dari non poſſe, *l.* 10. §. 3. *de teſt. tut.* Et videri poteſt pater non ſatis ſerio agere, qui eum tutorem purè dat, quem ſcit tutelam gerere non poſſe. Sed placuit etiam hoc patri licere, quaſi tacitè ſub hac conditione detur, ut tutor ſit, cùm ſapere cœperit, *d. l.*10. §.3. *l.*11. *de tut.* Medio autem tempore tutor aut curator à Magiſtratu dabitur, *inf. de Attil. tut.* §. 1. *& inf. de curat.* §. *ult.*

Major 25. *annis*) *L. quæro* 32. §. *ult. de teſt. tut.* Et hic interim uſque ad legitimam dati tutoris ætatem alius à Magiſtratu dabitur, *l.* 10. §. *ſi libertus* 7. *de excuſ.* Rectè autem hic monet D.Bachovius, ponendos eſſe terminos habiles, ut minor, qui tutor datus eſt, ejus ſit ætatis, ut ante pubertatem pupilli annum 25. implere poſsit, alioqui dationem eſſe luſoriam, ac protinus à Magiſtratu tutorem dandum: quod ſic accipe, ſi legitimum tutorem pupillus non habeat.

TEXTUS.

Quibus modis tutores dantur.

3. *Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel ſub conditione, vel antè hæredis inſtitutionem poſſe dari tutorem non dubitatur.*

COMMENTARIUS.

1 *Servum, furioſum, minorem* 25. *annis, à Magiſtratu non rectè tutorem dari, neque tutorem tempori aut conditioni adſtringi.*

ETiam in modo teſtamento tutores dandi placet teſtatoris voluntatem ſervari. Itaque non ſolùm purè, ſed ex die etiam & ſub conditione tutorem rectè dederit, ut qui datus ſit, non ante ſit tutor, quàm dies aut conditio extiterit, & deficiente conditione tutor non ſit. Poteſt & ad certam diem & uſque ad certam conditionem tutor dari, ut finito tempore aut conditione exiſtente tutor eſſe deſinat, *leg.* 8. §. 1. *&* 3. *de teſt. tut. l. ſi adrogati.* 14. §. 3. *& ult. de tutel.* §. 2. *&* §. *pen. inf. quib. mod. tut. fin.* & deficiente quidem aut finita tutela teſtamentaria, locus erit legitimo tutori, pendente Attiliano, *leg.*11. *de teſt. tut.* junct. *l.* 9. §. 2. *de tut. & rat. diſt.*

Vel ante hæredis inſtitutionem) Apparet, hoc favore pupilli jam olim receptum fuiſſe. Poterat autem de eo dubitari, propterea quòd jure veteri ante hæredis inſtitutionem legata inutiliter relinquebantur. Nunc autem nulla amplius dubitandi ratio eſt. §. 34. *inf. de leg.* Hic paucis admonendi ſumus, ea quæ de ſervis, furioſis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tutore tempori aut conditioni adſtringendo dicta ſunt; omnia propria eſſe tutelæ teſtamentariæ, atque ex interpretatione verborum legis 12. *Uti quiſque legaſſit*, &c. patri permiſſa. Non eadem libertas Magiſtratibus data. Nam hi ſub conditione tutorem dare vetantur, *l.*6. §.1. *de tutel.* Quamobrem nec ſervus, nec furioſus, nec minor rectè ab iis tutor dabitur, ſive ſub conditione expreſſa, ſervus *cùm liber erit*, &c. ſive ſimpliciter & purè: nam & tunc eadem conditio perinde ineſſe creditur, atque ſi expreſſa eſſet, *l.* 10. §. *pen. & ult. de teſt. tut.* Cur tam variè? Nimirum quia ab officio Judicis aut Magiſtratus alienum eſt actus ſuos ſuſpendere, atque imperfectos relinquere. Ideo enim aditur, ut in præſenti nobis officium atque auctoritatem ſuam, quam opus eſt, impertiatur; quod & Jo. Fabro ſuboluit, qui ad hoc utitur *arg. l. non quemadmodum* 35. *de judic. l.* 1. §. *biduum.* 5. *quand. app.* Aliam inſuper rationem afferunt vulgo DD. quòd tutore à patre ſub conditione dato, Magiſtratus ſit, pendente conditione pupillo proſpicere; at ſi à Magiſtratu tutor ſub conditione daretur, neminem adiri poſſe, qui pendente conditione pupillo conſulat. In eo autem Gloſſ. & DD. in *d. l.*6. §.1. errare exiſtimo, quòd putant, etiam Magiſtratum ſub tanta conditione tutorem dare poſſe, per *l.* 11. *de teſt. tutel.* quippe quæ de tutela teſtamentaria omnino accipienda eſt, ut & Bart. eam accepit. Planè uſque ad conditionem, ſub qua tutor teſtamento datus eſt, à Magiſtratu interim alium tutorem tacitè dari poſſe non ambigitur, §.1. *inf. de Attil. tut. d. l.*11. *in pr.*

TEX-

TEXTUS.

Cui dantur.

4. *Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest : quia personæ, non causæ, vel rei, tutor datur.*

NOTÆ.

4. *Certæ rei*) Ex Ulpian. *l.* 2. & Marcian. *l.* 14. *de test. tut. Certæ rei*, nec deductis rebus, *d. l.* 12. ἐπὶ ἐξῃρημένοις πράγμασι, ut vertunt Græci. Etsi datus fuerit, tota ratio non valebit, *l.* 13. *eod.* Aliud juris est, si quis hæres certæ rei scribatur, *l.* 1. §. 4. *de hær. inst.*

Non potest) Universo tamen patrimonio alicujus loci utiliter datur, *l.* 15. *eod.*

Personæ) Principaliter scil. nam per consequentiam etiam rebus pupilli dari intelligitur, *l.* 12. §. *pen. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

1 *Dispositioni hujus §. apud nos locum non esse.*

CErtæ *rei vel causæ*) Veluti Mævius, quia mercaturæ peritus est, tabernæ pupilli tutor esto : quia juris & consuetudinis forensis lites, & controversias persequatur.

Quia personæ) Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. *sup. tit.* ideòque si ad certam rem aut causam datus fuerit, tota datio non valebit, *l.* 12. *cum* 2. *seq. de test. tut.* quoniam tutoris officio non congruit. Non obstat *l.* 12. §. *cum tutor.* 3. *de adm. tut.* Aliud enim est certæ rei tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum præpositum intelligi. Nam cùm personæ pupilli tutor detur ; per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quæ conditionem personæ sequuntur. Et verò si personæ pupilli consulendum est ; necesse est, ut non tantùm personæ & moribus pupilli, sed etiam rebus ejus tutor præponatur, *d. l.* 12. *de test. tut. d. l.* 12. §. *cum tut.* 3. *de adm. tut.* Atque in hoc præcipuè differt tutor à curatore, qui rebus minoris principaliter datur; *l.* 8. *C. de nupt.* & ad unum certumque negotium rectè decernitur, §. 2. *inf. de curat. l.* 7. *de tut. dat.* Planè si tanto locorum intervallo disjunctum sit patrimonium, ut difficulter ab uno administrari queat, pupilli favore receptum est, ut rebus ita disjunctis, puta rei Africanæ, aut Syriacæ, tutor dari possit, *l.* 15. *de test. tut.* quo tamen casu singuli tutores in solidum dari intelliguntur, nec tam tutela dividi quam administratio. Una sanè superioris regulæ exceptio videtur : quòd impuberi ad hæreditatem adeundam, ut tutor detur ex causa permissum est, *l.* 9. *de tut. dat. l.* 10. *de test. tut. l.* 17. §. 1. *de appell.* Mater quoque dicitur potius in rem quàm in personam tutorem dare videri, *l.* 4. *de test. tut.* quasi nec verus tutor sit, qui ab eo datus est, qui jus dandi tutorem ex lege non habet. Apud nos hæc juris Romani subtilitas non observatur: sed potest, auctore Grotio 1. *mand. c.* 7. tutor vel testamento, vel à Magistratu etiam ad certam rem vel causam dari. Quoniam hodie sublata est tutorum & curatorum differentia, 1 vid. *inf. tit. de curat.* Potest etiam à Magistratu dari ex die vel ad diem vel sub conditione (quod jure Romano solis parentibus permissum erat, §. *prec.*) modo ne pupillus unquam indefensus maneat. Illud etiam nunc manet, quòd tutor incertus nec testamento rectè detur, *l. tutor*, §. *sed nec* 27. *infr. de leg.*

TEXTUS.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel liberis, vel nepotibus.

5. *Si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit ; etiam posthumæ, vel posthumo dedisse videtur : quia filii vel filiæ appellatione & posthumus, & posthuma continetur. Quòd si nepotes sint; an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint ? Dicendum est, ut & ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Cæterum si filios ; non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Planè si posthumis dederit, tam filii posthumi, quàm cæteri liberi continebuntur.*

NOTÆ.

5. *Si quis filiabus*) Ex Ulp. *l.* 5. & *l.* 6. *de test. tut.*

Etiam posthumæ) In legatis contra, *l.* 17. *de legat.* 1. quia legata liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex affectione singulari erga hos vel illos : at tutor liberis, ut liberis, datur jure potestatis.

Aliter filii, aliter nepotes) Natura filium à nepote distinguit : & hic naturalem propriamque appellationem sequimur : quia ut ab ea recedamus, nulla justa est ratio ; aliàs filii appellatione & nepos continetur, justa scil. interpretatione, *l.* 84. *l.* 201. *l.* 220. *de verb. sign.* Exempla in *l.* 59. *de rit. nup. l.* 2. §. 28. *ad Tertyl. l.* 14. *de senat. Mac.* Filias tamen appellatione filiorum hic quoque venire placet, *l.* 16. *de test. tut.*

Posteris) Leg. *posthumis*, *dict. l.* 6. & ita Theophil. & alii.

COM-

1 *Appellatione liberorum venire omnes, qui ex nobis descendunt.*

2 *Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & posthumos: nepotes non contineri, filias contineri. Et quæ horum omnium ratio.*

3 *Appellatione posthumorum venire liberos omnes nascituros sive primi, sive ulterioris gradus.*

VOluntatis quæstio est, cùm quæritur, qui liberi appellatione filiorum, liberorum, posthumorum contineantur. Et de liberis, ut
1 inde incipiam, nulla dubitatio est, quin ea appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineantur; sive filii sint, sive nepotes, aut deinceps, sive jam nati, sive adhuc nascituri, *l. liberorum* 220. *de verb. sign.* Quamobrem si quis liberis tutores dederit, non solùm filiis, sed etiam nepotibus, & qui infra eos sunt, dedisse intelligitur; uti ex Ulp. *l. 6. de test. tut.* Justinianus hoc loco refert; dummodo post mortem dantis in potestatem patris sui recasuri non sint, §. 3. *sup. tit.* De filiis duo hic quæruntur; unum est, an eorum appellatione etiam posthumi contineantur: alterum, an & nepotes. De primo ait: *Si quis*
2 *filiabus suis vel filiis tutores dederit; etiam posthumæ vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione & posthumus & posthuma continentur*; quod & Ulpian. respondet, *l. 5. d. tit.* Cui tamen loco obstare videtur quod idem Ulp. scribit *l. qui filiabus* 17. *in pr. de legat.* 1. eum, qui filiabus legavit, non intelligi posthumæ legasse, nisi & mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecerit. Sed hæc minimè repugnant. Tutor enim datur jure potestatis ut filiis & liberis; posthumi autem æquè filii & liberi sunt ac cæteri. Legata verò liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex singulari affectione erga certos: quæ affectio in proposito erga posthumum non præsumitur; ita fere Angel. hic post *Gloss. in d. l.* 17. Alterum est utrum filiorum appellatione etiam nepotes veniant. Et ait, non venire. Quia aliud sit filius, aliud nepos: filius enim est, qui ex me & uxore mea natus est; nepos, qui ex filio meo; hoc idem & Ulp. *dict. l. 6.* Quid ergo est, quod legimus in *l. filii* 84. *l. liberorum* 220. *de verb. sign.* filiorum appellatione etiam nepotes cæterosque, qui ex nobis descendunt, contineri? Nimirùm ubi justa interpretatio id suadet, *l. justa* 201. *eodem tit.* Nam nec à proprietate verborum aliter recedendum est, *l. non aliter* 69. *de legat.* 1. Exempla suppeditant, *l. senatus* 59. *de rit. nupt. l.* 2. §. *filiis* 28. *ad Tertyl. l.* 14. *de sen. Mac.* Et fingamus in proposito, testatorem filios non habere, sed nepotes tantùm: aut finge, nepotes solos esse impuberes; dubitandum non est, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egisse videatur: quod & Jo. Faber. notat. At si filios testator habeat impuberes, nulla justa causa est, cur recedamus à proprietate sermonis, dicamusque, filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluisse. Nam nepotibus fortasse magis expediat peculiarem tutorem habere, legitimum vel dativum, quàm eum, qui à parente datus est, qui filiorum tutela satis sit implicitus atque occupatus. Cui adde, quòd hic agitur de gravando extraneo, cujus intersit, ne nimium oneretur. Illud hic omissum est, an appellatione filiorum etiam filiæ contineantur. Responsum est, contineri, *l. 16. in pr. de test. tut.* quippe in toto jure pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur, *l. 1. l. pronuntiatio* 195. *de verb. sign.* De posthumis est in vers. *Planè si posthumis.* Et ait Imp. si posthumis tutor datus sit, tam filios posthumos, quàm cæteros liberos contineri, id est, ut rectè hoc accepit Theop. contineri non tantùm posthumos primi gradus, verum etiam secundi & ulteriores: si modò in ea causa sint, ut si vivo testatore nascerentur, in potestate ejus futuri sint, neque testamentum rupturi, *l. 1. §. 1. de test. tut.* Quare necesse non est, ut cum Haloandro pro *posthumis* substituamus *posteris*, maximè cum apud Ulp. quoque *l. 6. eod.* unde hæc descripta sunt, *posthumis* legatur; & ut Bald. ibi notat, vox posthumi non distinguat gradus, ut filii, sed colligat, add. Don. 3. *comm.* 4. D. Tuld. *hic cap.* 4. D. Jac. Coren. *consf.* 14. ubi disputat, an vox Belgica *Kindt* aut *Kinderen*, tam latè pateat, quàm Latina *liberorum*, ut & Sande *lib.* 4. *rer. jud. tit.* 5. *defin.* 10.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Lib. 26. Tit. 4. Cod. Lib. 5. Tit. 30.

Ratio ordinis, & argumentum Tituli.

TEstamentariam tutelam excipit legitima. Ea est, quæ lege defertur iis fere, qui ad legitimam hæreditatem impuberis vocantur. Species hujus tutelæ quatuor; agnatorum; patronorum; parentum; & fiduciaria; quarum duæ priores propriæ sunt legi-

girimæ, *l. 1. hoc tit.* sequentes duæ *ἀναλόγως*. Singulæ singulis titulis hic explicantur: in *π*. & C. omnes uno. Hoc autem titulo exponitur species prima, quam agnatorum esse diximus; traditurque unde ea descendat; quinam sint agnati; quando iis tutela deferatur: postremo subjicitur specialis quidam hujus tutelæ finiendæ modus.

TEXTUS.

Summa.

Quibus autem testamento tutor datus non est; his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

NOTÆ.

Ex lege 12. tab.) *L. 1. de leg. tut.* ubi id summa providentia constitutum dicitur, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Lege autem Solonis non deferebatur agnatis, nisi remotioribus. Laert. in *Solone* contraria vid. ratione, quòd fere quisque conetur, eum, quem proximus hæres insequitur, expungere, ut ait Pers.

COMMENTARIUS.

1 Quid intersit inter agnatos & gentiles, gentem & familiam.

Quibus testamento) Semper enim legitimi tutores, ut supra quoque dictum est, cedunt testamentariis, *l. 11. de test. tut. l. 9. §. 1. de tut. & rat. dist.* sicut & legitimi hæredes iis, qui ex testamento vocantur, *l. quamdiu, de acq. hær.* Et vulgo dici solet, provisio hominis facit cessare provisionem legis, *per l. ult. C. de pact.*

Ex lege 12. tab. agnati sunt tutores.) Lex 12. tab. & ad hæreditatem legitimam vocavit agnatos, atque iisdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque summa providentia à lege constitutum esse Ulp. scribit, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, *d. l. 1. hoc tit.* Hæc autem tutelæ species ea est, quæ à Servio dicitur jure civili data, *l. 1. de tutel.* Etenim legitimos tutores nemo dat, sed lex eos tutores facit, *l. 5. hoc tit.* Hotomannus putat, etiam gentilium mentionem à lege factam. Et sanè in hæreditate facta est; auctore Cornificio ad Heren.
1 *lib. 1.* qui verba legis sic refert: *Si paterfam. intestato moritur; familia pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque esto.* Ut omnino verisimile sit, eodem modo post agnatos & tutelam gentilibus delatam fuisse. Quid intersit inter gentiles & agnatos, multi ante nos docuerunt. Dicam tamen obiter. Quod discrimen est inter gentem & familiam, hoc idem est inter gentiles & agnatos. Gens ex pluribus constat familiis, quæ singulæ cognominibus distinguuntur: nam ut nomen universæ genti commune est; ita cognomen proprium cujusque familiæ, quæ gente continetur. Qui ejusdem gentis sunt, gentiles: qui ejusdem familiæ, agnati dicuntur. Verbi causa, in gente Valeria sunt Corvini, Maximi, Messalæ, Flacci; hi omnes unam gentem Valeriorum constituunt: singuli singulas in ea gente familias; omnesque inter se gentiles sunt; singuli inter se etiam agnati. VINN. Rectè tamen Cic. *Topic. cap. 6.* addit, gentiles esse non omnes, *qui ejusdem nominis*, sed *qui ab ingenuis oriundi, & quorum majorum nemo servitutem servierit.* Nam & liberos patronorum nomina adsumpsisse, nemo ignorat. HEIN.

TEXTUS.

Qui sunt agnati.

1. *Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi à patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus; fratris filius; neposve ex eo; item patruus; & patrui filius; nepósve ex eo. At qui per fœminini sexus personas cognatione junguntur, agnati non sunt, sed aliàs naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus; & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris non matris familiam sequuntur.*

COMMENTARIUS.

Per virilis sexus) Agnati dicuntur, qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt, *l. 7. hoc tit. §. 1. inf. de leg. agn. succ. l. 2. §. 1. de suis & leg.* modò non sint capite minuti, & sint in familia, *§. ult. inf. eod.* Nihil autem refert, an natura quæsita sit agnatio, an adoptione, *d. l. 2. §. 3. de suis & leg.*

Veluti frater ex eodem patre) Masculos tantùm ex agnatis hoc loco recenset: quia licèt etiam fœminæ quædam nobis agnatæ sint, veluti soror ex eodem patre nata, amita, fratris filia; tutela tamen solis maribus jure communi defertur, *l. 1. §. 1. hoc tit.*

Na-

Naturali jure cognati) Cognationis nomen per se generale est: siquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure sanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt; proinde & agnati. At idem nomen oppositum agnationi ad eam speciem cognationis contrahitur, quæ per fœminas copulatur, *l.* 4. §. 2. *l. ult.* §. 1. & 2. *de grad. & aff.* Idem hic planè accidit, quod in nomine adoptionis notavimus sub §. 1. *sup. de adopt.* Agnati nostratibus dicuntur *vande Smaert zy*, cognati *van de Spilzzy.*

TEXTUS.

Quis dicatur intestatus.

2. *Quòd autem lex duodecim tabularum ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet; intestatus decesserit; quod tunc quoque accidere intelligitur, quum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.*

COMMENTARIUS.

QUantum ad tutelam) Disertè ait, quantum ad tutelam, ut & Jurisconsul *l.* 6. *hoc tit.* nam ad hæreditatem quod attinet, nemo intestatus decessisse intelligitur, qui testamento facto, unde hæres postea extitit, decessit, *inf. de hær. qui ab int. def. in pr.*

Vivo testatore) Exempli causa positum arbitror. Quid enim si post mortem testatoris ante cœptam tutelam decesserit? Sanè non minus hoc quàm illo casu rectè dicitur paterfam. quoad tutelam intestatus decessisse. Sed etsi tutor testamento datus post cœptam tutelam decesserit, vel in civitate esse decesserit, nihilominus ad legitimum tutela redit, *l.* 6. *hoc tit. l.* 11. §. *pen.* & *ult. de test. tut.* Unde vel magis dicendum est, si ad certam conditionem vel ad certum tempus datus sit, existente conditione aut finito tempore ad legitimos tutelam reverti: quasi qui dedit pro parte intestatus, quod ad tutelam pertinet, decesserit. Planè si tutor testamento datus postea excusatus sit, aut remotus, placet, non legitimum succedere, sed in locum ejus alium à Magistratu dari, *d. l.* 11. §. 1. & 2. Diversi hujus juris non alia ratio occurrit, quàm quòd illis modis ipso jure tutela finitur, & planè extinguitur: excusatione autem & remotione non item, sed interventu Magistratus, quasi ipso jure perinde quodammodo habeatur, ac si excusati ac remoti adhuc tutores essent.

TEXTUS.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur.

3. *Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civilis nomen est, cognationis verò jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia verò non utique.*

COMMENTARIUS.

1 *Tutelam legitimam minima capitis deminutione non amplius tolli.*
2 *In his regionibus vix usum esse legitimæ tutelæ: & quid moris cessante testamentaria.*

DIffert agnatio à cognatione etiam in eo, quòd agnatio quavis capitis deminutione etiam minima, tollatur, & consequenter jura agnationi tributa ut tutelæ & hæreditates intereant, *l.* 7. *de cap. min. l.* 5. §. *ult. hoc tit.* Cognationis autem jus non mutetur, nisi maxima aut media capitis deminutio intervenerit. De quo amplius §. *pen. seq. tit.* qui hujus loci explicationem continet. Hanc autem inter agnationem & cognationem differentiam idcirco hoc loco proposuit Justinianus, ut aditum sibi patefaceret ad tractatum de capitis deminutione.

Plerumque) Aditum propterea, quòd jus agnationis certis personis novis legibus datum interveniente minima capitis deminutione non perimitur: quippe quibus legibus hæreditates & tutelæ sic deferuntur, ut personæ naturali nomine designentur; ut ecce, defertur hæreditas ex Senatusconsultis matri & filio, *d. l.* 7. *de cap. min.* §. 2. *inf. de sen. Orfic. l.* 1. §. 8. *ad sen. Tert.* Constitutione quoque Anastasii, frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel sororis hæreditatem & tutelam vocatur, *l.* 4. *C. hoc tit.* §. 1. *inf. de succ. cogn.* Justinianus & fratrum emancipatorum filios vocat, *l. ult.* §. 4. *Cod. de legit. hær.* Novissimo autem jure 1 cùm in totum sublata sit agnationis & cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem tum tutelam vocantur, *Nov.* 118. *cap.* 4. & 5. consequens omnino est, legitimam tutelam minima capitis deminutione non amplius tolli.

Quia agnatio juris civilis nomen) Sicut & fami-

milia, cujus appendix est agnatio. Neque obstat, quòd etiam aliæ gentes familiarum & agnationum rationem habuerunt. Multa enim etiam apud alias gentes observantur, quæ tamen non sunt juris naturalis: quippe non ratione naturali, unde jus gentium æstimandum, *l. 9. in fin. de just. & jur.* constituta, sed civili dumtaxat argumento est adoptio, de qua *sup. tit.* 11. item usucapio, de qua *lib.* 2. *tit.* 6. tale etiam est jus agnationis.

Civilia jura corrumpere potest) Quod non sic accipiendum est, quasi minima capitis deminutione omnia jura civibus tributa amittantur; sed ea tantùm, quæ familiæ illius sunt propria, è qua capite minutus exit.

Naturalia verò non utique) Οὐ πάντως, non omnino. Th. non capitis deminutione minima. Pompon. *l.* 8. *de reg. jur. nullo jure civili*, id est, nulla juris civilis vel fictione, vel solemnitate, veluti emancipatione. Vid. §. *pen. seq. tit.*

Apud nos legitimæ tutelæ vix usus est, ut notavimus *sup. tit. de tutel. in fin.* præterquam in agro Voornano, juxta *art.* 74. statutorum illius agri confirmatorum à Carolo Quinto anno 1519. Cæterum cessante tutela testamentaria, Magistratus tutelaris, sicubi est, aut qui juri dicundo præsunt, tutores (fere tamen proximos pupilli cognatos) creant. Ac ne pupilli diu indefensi maneant, tenetur parens superstes, aut eo tutelam suscipere recusante, duo è proximis per defunctum pupillo cognatis, intra certum tempus statutis, aut consuetudine locorum definitum, tutores à Magistratu petere, qui cùm de consilio eorum, atque etiam ex iis quod sine fraude pupillorum fiat, tutores eligit atque constituit. Quamobrem pater & mater, iisque deficientibus, avus & avia in tutela filiorum suorum & nepotum cæteris præferuntur: quibus tamen contutor unus atque alter è cognatis defuncti proximis adjungendus est. Patris & avi tutela perpetua est; matris & aviæ transitu ad secundas nuptias finitur: neque ad tutelam admittuntur, nisi priùs beneficio Senatusconsulti Vellejani renuntiaverint, juxta dispositionem juris civilis Romanorum, *auth. matri & aviæ & seq. C. quand. mul. tut.* Sed nec mater iterum vidua facta tutelam recuperat; uti judicatum refert Mynf. 3. *obs.* 84. ad Jo. Gutierez *de tutel. p.* 1. *c.* 8. & 9. Si ex parentibus nemo extabit, tenentur ad minimum duo ex iis, qui pupillum proximè contingunt; unus per patrem, alter per matrem, simili modo tutores petere: atque hic quoque proximos tunc eliget Magistratus, aut si illi idonei non sint, qui proximè sequuntur, & ita deinceps. Demum si cognatorum nemo sit idoneus, alios ex inquisitione tutores creabit. Consule statuta tutelaria Rhynlandiæ *art.* 12. *cum aliquot seq.* Grot. 1. *manuduct.* 7. Christin. *vol.* 3. *dec.* 147. *n.* 4. & *seqq. dec.* 149. ubi refert, moribus Galliæ &, Mechliniensium matrem & aviam non renuntiare Vellejano.

TITULUS DECIMUS SEXTUS.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Lib. 4. *D. Tit.* 5.

Continuatio & summa Tituli.

IN π⁻. hic locus inter restitutiones in integrum tractatur *lib.* 4. *tit.* 5. Justinianus autem cùm in §. *ult. sup. tit.* docuisset, jus agnationis, ac proinde & tutelam legitimam quovis genere capitis deminutionis perimi; inde occasionem arripuit de ea re plenius separatim disputandi: quod facit *hoc titulo*: ubi primùm quid sit capitis deminutio definit; deinde diviso genere in suas species, itidem quæ sint singulæ, & quam vim habeant exponit; tum interpretatur quod in *d.* §. *ult.* dixerat cognationis jus capitis deminutione non omnibus modis interverti: & tandem pro corollario docet, quo ordine agnatis tutela deferatur.

TEXTUS.

Definitio & divisio.

Est autem capitis deminutio prioris status mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio; aut minor, (quam quidam mediam vocant) aut minima.

NOTÆ.

Prioris status mutatio) Græci προτέρας καταστάσεως ἐναλλαγή. Apud Paulum in *leg.* 1. *eod.* non est *prioris*. *Status* hic est, quod à genere,

à civitate, à rer. natura tribuitur, *l. 3. de int. & releg.* nempe familia, civitas, libertas, *l. ult. hoc tit.*

Tribus modis) Auson, *Idyll. 11. Triplex libertas, capitisque minutio triplex*, nimirum uno ex tribus illis, quæ dixi, amisso, contingit capitis deminutio, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

Capitis deminutio) Verbi capitis varia est & multiplex acceptio, ut videre est apud Hotomannum & alios *in Lexic.* Hic significat personam locum aliquem ordine civium proprio obtinentem, quæ locum cùm amittit, capite minui dicitur. Putatque Hotomannus, ad personam tanslatum esse, quod de ipso ordine propriè loquendo dici debeat; ut ecce: cùm quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur. VINN. Vocabulum hoc è censibus Rom. profluxisse, ostendimus in *Antiqu. Rom. hoc t.* Et sanè semper fere veteres ita loquuntur: *Censa sunt capita civium 260000.* Exempla passim apud Livium. Quoties itaque civis statum mutabat, nomen ejus è tabulis censualibus erat expungendum, adeoque civitas capite minuebatur, vel caput eximebatur de civitate, *l. 2. ff. de public. judic.* Hinc *caput* pro statu, & *capitis deminutio* pro status mutatione dici cœpit. HEIN.

Status mutatio) *L. 1. hoc tit. L. 2. de in int. rest.* Græci, καταςάσεως ἐναλλαγὴ κεφαλῆς ἐλάττωσις. Status quoque vocabulum multa significat: sed in hoc tractatu accipitur dumtaxat pro eo jure, quod singuli in civitate habemus, nimirum libertatem, civitatem, familiam; quæ tria scitè Chremes apud Terentium *in Eunucho, act. 4. scen. 7. v. 35. seq.* his verbis complectitur, *Dico, eam esse liberam, civem Atticam, meam sororem.*

Tribus modis) Tot enim necesse est sint genera capitis minutionis, quot sunt quæ in persona cujusque civis considerantur, quorumque uno amisso, status ejus commutatur, *l. ult. hoc tit.* Qui duo tantùm genera faciunt magnam & minorem; appellatione magnæ maximam & mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt, quod facit Ulpian. *l. 1. §. si filius 4. de suis & legit. l. 1. §. capitis minutio 8. ad senat. Tertyll.* item Callistratus *l. 5. §. ult. de extraord. cogn.* VINN. Conf. quæ notavimus supra ad §. 4. *de Just. & jur.* HEIN.

TEXTUS.

De maxima capitis deminutione.

1. *Maxima capitis deminutio est, cùm aliquis simul & civitatem & libertatem amittit: quod accidit his, qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ; vel libertis, ut in gratia erga patronos condemnatis: vel his, qui se ad pretium participandum venumdari passi sunt.*

NOTÆ.

1. *Vel libertis*) Libertus ingratus jure libertatis exuitur, & patrono in servitutem redigitur, *l. 2. C. de libert. & eor. lib.* quod & Attico jure obtinuit. Plat. *11. de legib.* Plut. *in Solon.* usurpavit Claudius, Suet. *in ejus vit. c. 25.*

COMMENTARIUS.

Cum omnia amittamus quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam; maximam capitis deminutionem pati dicimur, *l. ult. hoc tit.* Hoc autem iis semper accidit, qui servi efficiuntur: nam sublata libertate tolluntur quoque reliqua duo. Sic Regulus *capitis minor* Horatio, id est, servus factus per captivitatem, *lib. 3. carm. Ode 5. v. 42.* De modis, quibus quis in servitutem redigitur, plenissimè explicatum est §. *pen. sup. de jur. pers.* & nominatim de servitute pœnæ, *in §. pœnæ servus 3. sup. quib. mod. jus pat. pot.*

Ingratis) Ita legit Pacius, alii *ingratis.* Hotomannus *ingrati*, ut subaudiantur *crimine* vel *judicio.* Usurpavit hoc jus Imperator Claudius, teste Suetonio in ejus vita *c. 5.* Estque de eo *tit. in C. de libert. & eor. lib.*

TEXTUS.

De Media.

2. *Minor sive media capitis deminutio est, quum civitas quidem amittitur, libertas verò retinetur: quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit: vel ei, qui in Insulam deportatus est.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur sontibus olim aqua & igni interdici solitum.*

Libertas retinetur) *L. 2. §. 1. l. 17. §. 1. de pœn. l. 6. de interd. & releg.* Objici solet locus Callistrati in *l. pen. §. ult. de extr. cogn.* Sed locus iste haud dubiè depravatus est, & pro *Velut.* legendum *Vel*: quomodo & in nonnullis codicibus legi testatur Accursius. Alb. Gentilis citra correctionem rem expedit *lib. 3. lect. 10.* ex una particula *Veluti* duas faciens *vel uti.* Nimirum Callistratus sub magna

na capitis deminutione utramque, & qua libertas & qua civitas amittitur, complexus est; quod & aliis familiare esse paulo ante monuimus. Nisi quis malit cum Cujacio, locum illum de libertate ex jure Quiritium accipere, quasi jure Quiritium liber non sit, qui in numero Quiritium non est; ut disputat Cic. *in fin. orat. pro Cæcinna.* Vinn. Nihil est hac Cujacii sententia verius, alia erat libertas Juris gentium, alia Juris Quiritium; quam luculenter explicavimus in *antiq. Rom. adpend. Lib.* 1. §. 25. *sequ.* illa capitis deminutione maxima: hæc & media eripiebatur. Liv. *Lib.* 45. c. 5. Præclarè rem omnem confecit V. C. Ger. Noodt. *Obs. Lib.* 2. *cap.* 21. Hein.

Cui aqua & igni) Jure à majoribus tradito non licuisse civem licèt noxium, aut supplicio capitis afficere, aut libertatem ei, civitatemve adimere, multi tradiderunt; Cæsar *orat. sua apud Sallust. de bell. Catil.* Cicero in suis *pro Aul. Cæcin. pro dom. sua pro Corn. Balb.* Lactant. *lib.* 2. *c.* 10. Cæterum cùm ad disciplinæ publicæ vigorem omnino pertineat, delicta & scelera malorum hominum impunita non relinqui; inventa ratio est, qua civitate, salvo instituto majorum, expellerentur.
1 Itaque aqua & igni fontibus interdici cœptum est, ut his duobus tamquam vitæ humanæ præsidiis destituti, si exitium sibi paratum vitare vellent, in exilium proficisci cogerentur, inque aliam civitatem profugere, in quam cùm essent recepti, Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem apertè vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem, (siquidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur) sed tacitè tamen morte quodammodo multabantur, vique ipsa expellebantur civitate, cùm solo aere vivere aut regi non possent: nec fas esset eos aut tecto recipere, aut aqua & igni, cæterisve, quibus vita continetur, juvare; ut ex ead. orat. Ciceronis *pro domo sua, cap.* 29. & 31. liquet.

In insulam deportatus) Deportatio species exilii fuit atrocissima, cùm scilicet quis ita damnabatur, ut bonis publicatis, nervo aut compedibus vinctus, & in navim impositus, à servis publicis in certam insulam deportaretur, ibique in perpetuum concluderetur. Qua pœna manifesto caput eximitur de civitate, civesque ad peregrinorum conditionem rediguntur, *l.* 17. §. 1. *de pœn. l.* 6. *de int. & relig.* Non uno autem loco in libris nostris traditum est, deportationem in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successisse *l.* 2. §. 1. *de pœn. l.* 3. *ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extr. cogn.* Itaque umbra vetusti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos nostri deportatos interpretantur, *l.* 1. §. *hi quibus* 2. *de legat.* 3. *l.* 2. *de publ. jud.* eademque & in aliis locis illorum verborum interpretatio facienda est. Consule Brison. *lib.* 3. *sel. antiq. cap.* 5.

Textus.

De Minima.

3. *Minima capitis deminutio est, quum civitas retinetur & libertas, sed status hominis commutatur: quod accidit in his, qui quum sui juris fuerint, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra; veluti si filiusfamilias à patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.*

Notæ.

3. *Alieno juri subjecti esse*) Puta adrogati, eorumque liberi, *l.* 3. *pr. eod.* §. *pen. sup. de adopt.* Item dati in adoptionem personæ non extraneæ, §. 2. *sup. d. t.*

Emancipatus) Emancipatus capite minuitur, *l.* 8. *in fin. cum l. seq. h. t.* Quia ut ait Paul. *l.* 3. §. 1. *eod.* emancipari nemo potest, nisi in servilem imaginariam causam deductus: alibi tamen rationem petit à familiæ mutatione, *l. ult. eod.* quod contingit etiam hodie, sublata licèt imagine servitutis.

Commentarius.

1 *Quomodo intelligendum quod Ulp. scribit, minimam cap. deminutionem salvo statu contingere.*
2 *Non solùm adrogatos capite minui, sed etiam adoptatos, quamquam cum distinctione.*
3 *Emancipati cur capite minui dicantur: & numnam post, imagine servitutis sublata, capite minui desierint.*

Sed status hominis) Minima capitis deminutio est, per quam salva civitate & libertate, status dumtaxat hominis mutatur, Ulp. *de tutel.* §. 12. Idem tamen Ulp. *l.* 1. §. *capitis* 8. *ad S. C. Tertyll.* scribit, hanc capitis deminutionem contingere salvo statu, quæ videri possunt contradictoria. Et utique essent, si vocabulum status utroque loco eodem modo acciperet: nulla autem contradictio est, si eo vocabulo quod est ὁμώνυμον, non in eadem significatione utrobique utatur. Ergo rectè dicit, hanc capitis minutionem contingere salvo statu, sed statu publico, quem quis ut 1

ut civis habet: rectè item eamdem non contingere salvo statu, sed privato, quem quis habet in familia, *l. ult. hoc tit.* In definitione autem *pr. hujus tit.* tradita, appellatione status utrumque continetur.

Qui quum sui juris) Qui se adrogandum dat, manifestè capite minuitur, quia caput suum in familiam & domum alienam transfert, *l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* Liberos quoque, qui
2 eum sequuntur, de quo dictum §. *pen. sup. de adopt.* capite minui placet, quia & ipsi cum parente familiam mutant, *l. 3. pr. hoc tit.* Sed etsi filiusfamil. à patre in adoptionem detur; dicendum est eum capite minui, quia in alienam familiam transit, *l. 4. §. pen. de grad. & aff.* quod tamen ex constitutione Justiniani non aliter nunc contingit, quàm si à non extraneo adoptatus sit, de quo *sup.* §. 2. *de adopt.* & §. *antepen. sup. quib. mod. jus patr. potest.*

A patre emancipatus) Emancipatos capite minui, jura agnationis & familiæ perdere, patri post emancipationem extraneos intelligi; tot locis proditum est, ut de eo dubitari non oporteat. Cur autem emancipati capite minui
5 dicantur, hanc rationem affert Paulus *d. l. 3. §. 1. hoc tit.* quia in imaginariam servilem causam deducuntur. Unde plerique contendunt, hodie sublata in emancipationibus antiqua servitutis imagine, *l. ult. C. de emanc. lib.* §. *præterea 6. sup. quib. mod. jus pat. pot.* emancipatos capite non amplius minui: non magis quàm illi capite minuuntur, qui morte patris, aut accessione dignitatis sui juris fiunt, *l. 3. §. ult. de senat. Mac. Nov.* 81. *c.* 2. Sed verendum, ne illa Pauli ratio & ipsa aliquid imaginarii habeat; certè adæquata non est. Nam primùm constat, in adrogationibus nullas venditiones aut manumissiones intervenisse; & tamen adrogati liberique eorum capite minui dicebantur hoc solo, quòd familiam mutarent. Deinde si sublatis illis venditionibus emancipati capite non minuuntur: quid opus fuit, ut Anastasius liberis, qui sine isto ritu emancipantur, jura tutelarum & successionum nominatim conservaret, si parens manumissor id peteret? *L. 11. C. de leg. hær.* Postremò si jura agnationis & familiæ non amitterentur, nisi interventu imaginarii illius contractus; necesse non erat Justinianum specialiter cavere, ut ii, quos dignitas patria potestate eximit, eadem jura integra retinerent, *d. Nov.* 81. *cap.* 2. Quamobrem potius est, ut à familiæ mutatione rationem petamus, quod & ipse Paulus facit *l. ult. hoc tit.* Sic igitur sentio; etiam post venditiones illas sublatas rectè dici emancipatis contingere capitis deminutionem: propterea quòd non minus nova quàm veteri emancipatione familiam amitterent, & pro extraneis haberentur, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, liquet. Cæterum jure novissimo, quo differentia agnationis & cognationis tum in successione, tum in tutelis penitus sublata est, *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. vix est, ut emancipatio inter genera capitis minutionis referri possit. Vinn. Pauli ratio solida omnino videtur. Hinc quum Virgines Vestales à Pontifice caperentur: id tamquam singulare privilegium notat Gellius *lib.* 1. *cap.* 12. quod captæ *sine emancipatione & sine capitis minutione è patris potestate exierint.* Rationes Vinnii, quibus Paullum oppugnat, non sunt maximi ponderis. Nam quod ad primam attinet, unius rei plures causæ esse possunt. Duo posteriora ex ipsis Anastasii & Justiniani legibus solvuntur. Nam quamvis ii imaginarias venditiones sustulerint: voluerunt tamen, ut emancipationes Anastasiana & Justinianea ejusdem cum vetere effectus essent: perinde ac si venditiones istæ fuerint adhibitæ. Hein.

Textus.

4. *Servus autem manumissus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.*

Notæ.

4. *Servus capite non minuitur*) Servile caput nullum jus habet, *d. l. 3. in fin.* nullum jus, id est, nec familiam, nec civitatem, nec libertatem: sed demum post manumissionem hæc consequitur.

Commentarius.

Servile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest; inquit Paulus, *l. 3. in fin. eod.* Quod igitur hic ait Justinianus, servum nullum caput habere; idem est ac si diceret, servum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria esse diximus; libertatem inquam; civitatem; familiam: ad quæ tria in hoc tractatu capitis & status vocabula referuntur, quæ alioquin per se latius patent, & de persona servili etiam prædicantur, *tit. de stat. hom. & sup. de jur. pers.*

Textus.

De mutatione dignitatis.

5. *Quibus autem dignitas magis, quàm status per-*

permutatur, capite non minuuntur, & ideo à Senatu motos capite non minui constat.

COMMENTARIUS.

Dignitas quoque appellatione status generali continetur; ideoque qui Senatu vel alio ordine movetur, rectè dicitur circa statum dignitatis plecti, *l. 5. §. 2. de extr. cogn.* Sed quia ita moti existimatio dumtaxat minuitur, cætera autem, quæ civem propriè constituunt, salva manent: idcirco in hoc argumento dicitur capite non minui, sed cives manere integri capitis, *l. 3. ff. de senator.*

TEXTUS.

Interpretatio §. ult. sup. tit. prox.

6. Quod autem dictum est, manere cognationis jus etiam post capitis deminutionem; hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio interveniat; jus quoque cognationis perit: ut puta servitute alicujus cognati, & ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed & si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

NOTÆ.

6. Si minima capitis deminutio) Ex gr. Si L. Titius patruelis meus à patre suo emancipatus sit, agnationis jura amittimus, cognationis retinemus: & ideo ad mutuam successionem ex edicto unde cognati vocamur, *§. 1. infr. de succ. cogn.*

COMMENTARIUS.

1 *Jus sanguinis seu cognationis quot modis accipiatur.*

2 *Manumissos non recipere cognationem servitute amissam, aut beneficio Principis restitutos recipere.*

Redit Imp. ad id, quod *§. ult. sup. tit.* dixerat, cognationis jus non omnibus modis capitis deminutionis solvi, sicuti solvitur agnatio. Qua occasione oblata, simul de capitis deminutione, quo res ea planius intelligeretur, differendum putavit: docetque nunc, quod de cognatione dixit, eam capitis minutione non perinde ut agnationem perimi, de minima accipiendum esse: maximam verò & mediam, utpote quæ mortalitati comparantur, *l. verum 63. §. societas 10. pro soc.* etiam intervertere jus cognationis.

Jus quoque cognationis perit) Huic loco obstare videri potest quod dicit Pompon. *l. 8. de reg. jur.* Jura sanguinis nullo jure civili dirimi posse. Sed sciendum est, jura sanguinis sive cognationis bifariam accipi; vel planè naturaliter atque pro eo jure, in quo sola sanguinis conjunctio spectatur; vel pro jure, quod cognatis propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo si jus sanguinis accipias, nullo jure civili dirimi potest; ut ecce, jus civile efficere non potest, ut qui pater est pater esse desinat; qui frater, desinat esse frater; ut nuptiæ inter patrem & filiam, inter fratrem & sororem consistant. At posteriore modo acceptum certis personis adimi potest; ut puta potest jus civile efficere, ut ne filius patri, frater fratri certo casu succedat, aut ad bonorum possessionem unde liberi aut unde cognati vocetur. Nam hæc jura licèt naturalia rectè dicantur propter rem, cui tribuuntur, quæ est naturalis cognatio: tamen quia inter cives tantùm instituta sunt, etiam ad jus civile suo modo referuntur, *l. 17. §. 1. de pœn.* unde fit, ut etiam civili constitutione, hoc est, capitis deminutione, perimantur: excepta tamen ea, quæ salva civitate contingit. 1

Ne quidem si manumissus) Is qui servus aliqua ratione factus est, cognationem manumissione non recepit; ac proinde ad bonorum possessionem unde cognati à Prætore non vocatur, *leg. 1. §. 2. l. 7. unde cogn. & inf. de serv. cogn. in pr.* Nam dominus quidem libertatem servo imponere potest, & jus suum remittere: jus autem cognationis, quod servitute amiserat, ei restituere non potest. Planè qui servi pœnæ effecti beneficio Principis restituuntur, etiam jus cognationis recipiunt, *l. 1. §. 4. ad Tertyll. l. 1. §. ult. l. 2. de bon. poss. cont. tab.* Atque hoc quidem jure veteri obtinebat. Justinianus autem postea etiam libertinos ad similitudinem ingenuorum succedere voluit, *§. 2. inf. de serv. cogn.* & novissimè libertinos ingenuis per omnia exæquavit, excepto jure patronatus, *Nov. 78.* 2

Cognationem) Hoc est jus, quod propter cognationem, cùm adhuc liber & in civitate esset, habebat. Cæterum ipsa cognatio aut sanguinis conjunctio servitute non extinguitur: quæ idcirco etiam nuptiis post manumissionem impedimento est, *§. illud 10. sup. de nupt.*

In insulam deportatus) Deportati quoque jura cognationis amittunt; sed à Principe restituti, per omnia pristinum statum recipiunt, *§. 1. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

TEX-

TEXTUS.

Ad quos Agnatos tutela pertinet.

7. *Quum autem ad agnatos tutela pertineat; non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantùm, qui proximiore gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt; ad omnes pertinet, veluti si plures fratres sunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.*

NOTÆ.

7. *Cùm autem ad agnatos*) Ex Cajo *l.* 9. *D. de leg. tut.*

COMMENTARIUS.

QUi *proximiore gradu*) Æquum enim est, ut illi onus tutelæ subeant, qui & ad successionem vocantur: vocantur autem soli agnati proximi, *inf. de leg. agn. succ.*

Ad omnes pertinet) Si plures sint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, *l.* 8. & *l.* 9. *de leg. tut.* nempe quia & ad hæreditatem omnes simul admittuntur, §. 5. *inf. de leg. agn. succ.* Quid ergo si aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui sint, vel capite minuti? Et quidem quamdiu unus adhuc superest, & in familia est, tutela penes eum remanet, per *l.* 3. §. 5. *de l. tut.* Cæterum si omnes decesserint, vel capite minuti sint, sequentes in tutelæ administrationem succedunt, *d. l.* 3. §. *pen.* Qua in re tutela legitima olim differebat à legitima agnatorum hæreditate, in qua placebat successionem non esse; hoc est: si proximi defecissent, in sequentium gradum non admitti, §. *placebat.* 7. *inf. d. t.* Enimverò nec in tutela semper admittitur successio: nam si proximus vel excusatus fit, vel remotus, sequentes non succedunt, sed in locum abeuntis alius à Magistratu datur, *arg. d. l.* 3. §. *quæri.* 8. Idem dicendum videtur & si proximus, idoneus non sit ad tutelam gerendam, *arg.* §. *pen. inf. de curat. l. non solùm* 10. §. *si libertus* 7. *de exc.* quasi hic proximus gradus adhuc supersit. Novissima Justiniani constitutione legitima tutela cognatis juxta defertur ac agnatis, *Nov.* 118. *c.* 5. ut Platonis quoque lege cautum, ἐπιτρόπους εἶναι τοὺς ἐγγύτατα γένει πρὸς πατρὸς καὶ μητρὸς. *lib.* 11. *de legib.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.
DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Lib. 26. *D. Tit.* 4. *C. Lib.* 5. *Tit.* 30.

Continuatio.

EX quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam distribuimus, primum explicatum est; tutela agnatorum: alterum nunc sequitur, patronorum, qui & ipsi propriè legitimi tutores sunt ex ratione & mente legis 12. tab. *leg.* 1. *l.* 3. *de leg. tut.* junct. *l.* 6. §. 1. *de verb. sign.*

TEXTUS.

Ex ratione Leg. 12. Tab. quæ tutelas agnatis idcirco defert, quia hæredes ab intestato sunt, inductum est, ut patroni liberorum suorum tutelam susciperent, quæ ideo legitima dicitur, l. 3. D. de legit. tut.

Ex eadem lege duodecim tabularum, libertorum & libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ & ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur; sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quòd hæreditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere; crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: quum & agnatos, quos ad hæreditatem lex vocat, eosdem & tutores esse jusserit; quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque: quia si fœmina impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, quum alius sit tutor.

COMMENTARIUS.

NOn *quia nominatim*) Lege 12. tab. patronis tutela defertur, non propalam aut nominatim & disertis verbis, quemad-

admodum agnatos lex vocat, sed per consequentias hæreditatum, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt, *l. 3. pr. de leg. tut.* Ulp. *de tutel.* §. 2.

Per interpretationem) Prudentum scilicet, quibus permissum erat leges publicè interpretari, & consulentibus de jure respondere, §. *responsa prudentum* 8. *sup. de jur. nat. gent. & civ. l. 2. §. bis leg. 5. de orig. jur.*

Perinde accepta est) Verbum *ex legibus*, ait Ulp. sic accipiendum est, *tam ex legum sententia, quàm ex verbis*, *l. 6. §. 1. de verb. sign.* Et Celsus; *Scire leges*, inquit, *non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, *l. scire 17. de legib.*

Ubi successionis est emolumentum) Prudentum collectio fuit, patronos ideo ad tutelam libertorum à lege vocari, quia vocantur ad eorum intestatorum hæreditatem, hoc argumento, quòd non aliam ob causam tutela agnatis delata fuit, quàm quòd & ipsos ad hæreditatem lex vocasset, *l. 1. de l. tut.* Rectè & naturæ juris convenienter, quo comparatum est, ut incommoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur commoda, *l. 10. de reg. jur. leg. un. §. pro secundo. 4. Cod. de cad. toll.*

A fœmina manumittatur) Interdum alibi est hæreditas, alibi tutela: quod fit, cùm illi, qui ad hæreditatem vocantur, non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si fœmina manumiserit, aut consanguinea sit pupillo, *d. l. 1. §. 1.* quippe tutela virile munus est, *l. 16. l. alt. de tutel. l. 2. de reg. jur.* Excipiuntur mater & avia, quibus liberorum suorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant: ea tamen conditione, ut inter gesta Senatusconsulti Vellejani auxilio renuntient, *auth. matri & aviæ cum auth. seq. C. quand. mul. off. tut.*

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.
DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

TEXTUS.

Exemplo patronorum recepta est & alia tutela, quæ & ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

COMMENTARIUS.

Tertia species tutelæ legitimæ parentum est, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt: id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, §. *ult. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.* repete quæ notavimus ad §. *præterea 6. sup. quib. mod. jus pat. pot.* Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis 12. tab. introducta est, quo præcedens illa patronorum: neque enim ut lex patronos ad successionem libertorum vocat, ita & vocat parentes ad successionem liberorum emancipatorum; unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam, sed *fiduciariam* appellat, *tit. de tutel.* §. 4. Cæterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta est, eo quòd parens, qui filium manumittit, patroni personam induit, atque ob hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum, *l. 1. si à par. quis man.* hæreditatem vocatur, *l. 10. de suis & legit. l. 2. C. ad sen. Tert.* §. *ult. inf. de leg. agn. succ.* obtinuit, ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur quàm fiduciaria: quasi & ipsa ad rationem legis duodecim tab. pertineret; quam etiam ob causam parens manumissor vicem dicitur legitimi tutoris sustinere, *l. 3. in fin. de leg. tut.*

TITULUS DECIMUSNONUS.
DE FIDUCIARIA TUTELA.

TEXTUS.

Filiifam. à patre manumissi pater tutor est legitimus: eo verò defuncto, frater tutor fiduciarius existit.

Est & alia tutela, quæ fiduciaria appellatur; nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto, si liberi ejus virilis sexus existant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legiti-

ti-

timi sunt tutores, quoniam filius quidem defunctii, si non esset à vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis: quod nostra constitutio in omnibus tutelis & curationibus observari generaliter præcepit.

NOTÆ.

Filiorum suorum) Igitur & pater filii sui ab avo emancipati, contra quam existimant Cujac. Hotom. & Fabrot. Nam cùm ad patrem quantumvis hæredem jus patronatus, quod avus in nepote habuit, non transeat, *l. 1. §. 1. si à par. man.* nec tutela, cui jus illud causam dedit, transire potest; consule Baech. & nostra hic in *Comm.*

Si perfectæ sint ætatis) Vid. Baech. ad §. 13. *infr. de excusat. tut.*

COMMENTARIUS.

GEnerali tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi sumus *sup. de leg. agn. tut.* quia & ipsa vicem quadantenus legitimæ sustinet: ut enim tutores legitimi, ita & fiduciarii ipso jure tutores fiunt, & excludunt Atilianos; unde & permixtè iisdem locis, quibus de legitimis tutoribus disputatur, etiam de fiduciariis quæritur; ut *hic & in Pand. l. 4.* Cæterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri potest ad legem duodecim tabularum; ideo non legitima, sed peculiari nomine fiduciaria appellata est: haud dubiè per abusionem vocabuli, quod cùm in patre, cui alioqui soli id propriè convenit, non valuisset, ad liberos ejus, quasi hæreditarium translatum est, inopia alterius nominis; ut rectè conjicit D. Hotom. VINN. Propriè fiduciaria tutela fuit, quàm *per similitudinem patroni* suscipiebat pater naturalis, qui remancipatum sibi ab emptore filium manumiserat. Ulp. *tit. XI. §. 5.* Adeoque hoc nomen ei tutelæ competebat, quam superiore titulo *legitimam parentum tutelam* vocat Justinianus. Et sanè quum contractus fiduciæ inter patrem naturalem, & fiduciarium intercederet; vix excogitari potest ratio, cui fratrum potius tutela, quàm parentum, vocanda sit fiduciaria. Cæterum hæc tutela non minus ex interpretatione Legis XII. tabularum fluit, quàm illa. Pater enim emancipans veluti patronus est, ergo frater emancipati patroni filius. Ergo ad eundem, mortuo patre, tutela pertinet. HEIN.

Filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum) Observandum hic est, tres fiduciariæ tutelæ quasi gradus à Justiniano poni, quorum primus est filiorum; alter fratris vel sororis; tertius cæterorum. Non igitur frater tantùm fratris emancipati, aut patruus fratris filii, defuncto patre suo emancipatore & tutore legitimo, fiduciarii tutores sunt: sed etiam ipse pater filii sui ab avo emancipati, eo mortuo, non legitimus ut avus, sed fiduciarius tutor erit, contra quam Hotom. & Mynf existimant. Cur autem ne hic quidem legitimus sit, mox intelligetur.

Atqui patrono) Πρόληψις. Videri enim poterat dicendum esse, hosce omnes esse tutores legitimos exemplo liberorum patroni, qui patrono legitimo tutore mortuo, legitimi fiunt tutores liberti. Sed exemplum hoc dissimile est. Nam lex duodecim tab. non modò patronos, verùm etiam libertos eorum ad legitimam successionem liberorum vocat, & consequenter etiam ad tutelam; eadem videlicet ratione, qua vocantur patroni. Pater autem aut frater fili sui aut fratris ab avo vel pater emancipati legitimi hæredes non sunt; nec igitur legitimi tutores, *l. 1. unde legit. l. 5. unde cogn.* Atque hæc ratio generalis est pertinens ad omnes personas, quas enumeravimus. Aliam etiam mox reddit Justinianus.

Quoniam filius quidem) His verbis occurritur propositæ objectioni. Ratio autem diversi juris, quam hic Justinianus affert, particularis est, & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos, si emancipatus non fuisset, post mortem avi in potestatem patris sui in potestate retenti recidisset; ideoque ex ratione Justiniani etiam in legitimam patris sui tutelam post mortem avi recidere debet. Nisi dicamus, in eo adhuc differentiam esse, quòd ad liberos patroni jus patronatus jure hæreditario redit, ac proinde & tutela legitima, quæ jus illud sequitur; prorsus ut libertus, si servus mansisset, post mortem domini in potestatem liberorum ejus hæreditate pervenisset. At liberi non jure successionis, sed proprio patris jure in potestatem ejus recidunt: quippe qui & exhæredatus eamdem potestatem retineat: neque ad patrem quantumvis hæredem jus patronatus, quod avus in nepote habuit, transit *per l. 1. §. pen. si à par. quis man.* ut mirum non sit, eum non succedere in tutelam; qui non succedit in jus patroni, aut in potestatem, quæ tutelæ causam dedit. Rectè autem hic notant Interpp. fiduciarios tutores esse desiisse, ex quo fratres eman-

emancipati ad legitimam fratrum tutelam ab Anastasio vocati sunt, *l.* 4. *C. de legit. tut.* Maximè verò jure novissimo, quo juris agnatici & cognatici discrimen hac in parte penitus sublatum est. *Nov.* 118. *cap.* 4. *&* 5.

Nec in tutelam) Subaudi, *legitimàm emancipatus recidit.* Alioqui perspicuè falsum esset: nam ex fratribus in potestate retentis, patre mortuo, qui eorum ætatis perfectæ est, alterius fratris legitimus fit tutor. D. Hotomannus putat, totum hoc adventitium esse, atque à Glossatore annotatum.

Perfectæ ætatis) *L. ult.* §. 4. *C. de leg. hær.* Ætatem autem perfectam appellat, qua completur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, *l.* 1. §. 2. *de min. l.* 4. *l.* 8. *de leg. tut. l. ult. C. eod. l. ult. C. de his qui ven. ætat.* Quæ notat Cujacius, & Pacius exscripsit, olim ita jus fuisse, ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. falsa esse ostendimus *infr. de excus.* §. *item major.* 13.

TITULUS VIGESIMUS.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

D. Lib. 26. *Tit.* 5. *C. Lib.* 5. *Tit.* 34. *&* 36.

Continuatio & summa Tituli.

PRogreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ speciem, nempe dativam sive Atilianam, cujus postrema ratio est; doceteque, quibus ex legibus; à quo Magistratu: & quando tutores dentur. Postremò nonnihil attexit, quod tutores omnes & officium eorum in universum pertinet.

Textus.

Jus antiquum, si nullus sit tutor.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem à Prætore urbano, & majore parte Tribunorum plebis tutor ex lege Atilia: in Provinciis verò à Præsidibus provinciarum ex lege Julia & Titia.

Notæ.

Ex lege Atilia) Duo hic notanda. 1. jus dandi tutores, non competere Magistratui vi suæ jurisdictionis, sed ex speciali legis concessione, *l.* 6. §. 2. *D. de tut.* 2. lege Atilia sublatum in hac causa fuisse jus intercedendi collegarum. Hotom.

Lege Julia & Titia) Unica hæc lex fuit, ut lex Julia & Papia; & quando aut à quibus lata sit, parum constat. Vinn. Immo constat satis, eam legem latam esse anno U.C. 722. Cæsare Aug. III. & M. Titio Coss. Vid. H. Vales. *ad Excerpta Peiresc. p.* 61. Atilianam contra anno 413. à L. Atilio Regulo, Tribuno plebis, (vid. Liv. *l.* 9. *cap.* 30.) latam esse, demonstravimus in *Antiqu. Rom. h. t.* §. 9. Hein.

Commentarius.

NUllus omnino) Neque testamentarius, neque legitimus, aut qui sub illis continetur, à Magistratu confirmandus & fiduciarius. Atque hæc species ex duabus summis, quæ locum Atiliano tutori faciunt, prima est. Altera est in §. 1. *hujus ejusdem tituli.* Duæ autem causæ in hoc principio indicantur, quas ad constitutionem hujus tutelæ concurrere oportet: una est remotior; nimirum leges Atilia, Julia & Titia, quæ quando aut à quibus latæ, parum constat: altera propinqua est, videlicet factum Magistratus, cui ex istis legibus jus dandi tutores competit; ut in urbe Prætori cum Tribunis plebis, in provinciis Præsidibus earum. Unde dicimus, eos solos jus dandi tutores habere, quibus id nominatim lege aliqua concessum est, *l.* 6. §. 2. *de tut.*

Majore parte Tribunorum) Id est, sex: erant enim decem, *l.* 2. §. 34. *de orig. jur.* Liv. *lib.* 3. *c.* 30. Halicar. *lib.* 6. Hoc autem non sic accipiendum est, quasi Prætor unà cum sex tribunis, quem vellet tutorem dederit; sed quòd cùm omnes Tribuni adhiberentur, ex sententia tamen majoris partis tutor creandus esset, sublato in hac causa jure intercedendi collegarum: cùm alioqui vel unius è collegiis intercessione impediri potuisset quod cæteri decrevissent, ut rectè hic monet D. Hotom. & passim testatur Livius.

TEXTUS.

Si spes sit futuri tutoris Testamentarii.

1. *Sed etsi in testamento tutor sub conditione; aut ex die certo datus fuerat; quamdiu conditio, aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor alius interim dari poterat. Item si purè datus fuerat; quamdiu ex testamento nemo hæres existebat, tamdiu ex eisdem legibus tutor petendus erat: qui desinebat esse tutor, si conditio extiterat, aut dies venerat, aut hæres extiterat.*

COMMENTARIUS.

1 *Tutor ex certo die testamento datus cur statim non fiat tutor.*

2 *Cur placeat testamentariam tutelam in suspenso esse, quamdiu nemo hæres ex testamento existit.*

3 *Quibus casibus accidat, ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis plusculum temporis intercedat.*

4 *Aliquando etiam ad adeundam hæreditatem impuberi tutorem à Magistratu dandum.*

HIc alter casus proponitur, quo tutor à Magistratu datur; nempe si is, qui testamento datus est, impediatur, quominus in præsentia tutelam capessat. Sic enim in universum jus est, ut quamdiu speratur tutela testamentaria, legitima cesset, *l.* 11. *de test. tut.* Impedimenta hæc quatuor ex causis potissimum oriuntur; vel quòd tutor testamento datus sit sub conditione; vel quòd ex certo die; vel quòd hæres institutus aditionem hæreditatis protrahat; vel denique quòd qui testamento datus est, ab hostibus captus sit, de quo §. *seq.*

Sub conditione, aut ex certo die) Ex *d. l.* 11. *de test. tut.* De conditione res certa est: quippe quæ actus omnes suspendit, §. 4. *inf. de verb. obl.* Dies quoque incertus pro conditio-
1 ne est, *l.* 1. §. 2. *l. dies* 75. *de cond. & dem.* De certo die justa esse poterat dubitandi ratio. Nam sicut obligationi dies certus adjectus non impedit; quominus quod promissum est, præsenti die debeatur, §. 2. *inf. de verb. oblig.* ita & tutor ex die datus videri poterat statim tutor esse, ut jam alius tutor dari non posset propter regulam traditam §. *pen. inf. de curat.* Sed claudicat comparatio. Quippe ratio non patitur ut dicamus, eum tutorem esse, in quem nihil juris ante diem testator collatum voluit.
2 *Nemo hæres existebat*) Hoc idem traditur in *l.* 10. *pr. de test. tut.* & ratio est, quia quamdiu pendet aditio hæreditatis, tamdiu quoque in suspenso sunt omnia, quæ in testamento scripta sunt; atque ut adita demum hæreditate confirmantur; ita ea non adita una cum testamento corruunt, *l.* 9. *d. tit.* Potest autem 3
fieri, ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis plusculum temporis intercedat, vel quòd hæres sub conditione institutus sit, vel quòd diebus cretionum aut jure deliberandi utatur. Cæterum hæc ad eum dumtaxat casum referri posse videntur, quo confirmatio testamenti pendet ab aditione hæredis instituti. Nam si filium impuberem, quem in potestate pater habet, tutore dato, simul hæredem instituit, is ut suus hæres & necessarius ipso jure hæreditatem capit, §. 2. *inf. de hær. qual.* Atque ut statim post mortem patris & ipso jure hæres existit, ita & tutela hoc ipso statim confirmatur, cùm, ut Jo. Faber. loquitur, suitas pro aditione sit, *l.* 14. *de suis & leg.* quod latius persequitur Ant. Fab. *Jurispr. tit. qui test. tut. pr.* 1. *ill.* 18. At finge, patrem filio impubere cui tutorem dedit, exhæredato, extraneum hæredem instituisse; dum hæres de adeunda hæreditate deliberat; alius interim tutor à Magistratu petendus erit. Idem dicendum est, si pater filio emancipato, sive exhæredato, sive prætærito tutorem dederit: nam & confirmandus pro testamentario est. Necesse est autem prius testamentum confirmari aditione hæreditatis, quàm à Prætore confirmetur, qui tutor datus est. Sed &, si pater filio emancipato hæredi instituto, aut mater 4
liberis, aut extranei extraneis item hæredibus institutis tutorem dederint; adhuc à Magistratu tutor dandus est ad adeundam hæreditatem, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est, *l.* 9. *de tut. dat. l.* 19. *de auct. tut. l.* 17. §. 1. *de appell.* Verùm hujusmodi species non videtur ad propositum pertinere, propterea quòd Justinianus hic agit de tutore non ad unum aliquem actum, sed simpliciter dando.

Qui desinebat esse tutor) Pertinebat hoc ad modos, quibus finitur tutela Atiliana; de quibus agitur in §. 2. & *pen. inf. quib. modis tut. finitur.*

TEXTUS.

Si tutor ab hostibus sit captus.

2. *Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur, qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat. Nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.*

COM-

Commentarius.

Ab hostibus capto) Idemque erat, si tutor legitimus apud hostes esset, *l.* 1. §. 2. *de legit. tut.* Nam propter incertum eventum tutoris rediturі, quo plenius pupillo prospiceretur, tutorem potius quàm curatorem dari placuit, *arg. l.* 17. §. 1. *de appel.*

Recipiebat tutelam) At quid si tutor captus apud hostes decesserit? Legitimus nimirum, hoc est, agnatus proximus tutelam in prætorio tutore finitam excipiet, *arg. l.* 9. §. 2. *de tut. & rat. distr. l.* 11. §. 3. *de test. tut.* Qua ratione dicendum est, etiam legitimo tutore capto, atque apud hostes mortuo, eum, qui interim à Magistratu datus erat, tutorem esse desinere, atque ad insequentis gradus agnatos tutelam reverti.

Textus.

Quando & cur desierint ex dictis legibus tutores dari.

3. *Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquàm primo Consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt; deinde Prætores ex constitutionibus. Nam supradictis legibus, neque de cautione à tutoribus exigenda, rem pupillis salvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quicquam cavebatur.*

Notæ.

3. *Primò Consules*) Quòd à Claudio Cæsare institutum tradit Suet. *cap.* 23. Plin. 9. *ep.* 13. datum se à Consulibus tutorem Helvidii filiæ.

Ex inquisitione) Apud Theoph. vulgo legitur *κατὰ jurisdictionem*, ad quem modum etiam Hotom. locum emendat: sed perperam, & in Mss. Th. est *κατὰ ἰκνιζήτησιν*, teste Fabrot.

Prætores) Scil. soli absque Tribunis. Prætorem tutelarem primus fecit M. Antonius Philos. Capitolinus in *ejus vit. cap.* 10.

Neque de cautione) Vid. *inf. de satisd. tut.* & §. 3.

Commentarius.

1 *Quæ sit ratio cogendi tutores ad tutelam capessendam.*

Primò Consules) Primus Imperator Claudius, auctore Tranquillo, sanxit, ut pupillis extra ordinem à Consulibus tutores darentur. Quod jus videntur Consules aliquando etiam usurpasse, cùm jam tutorum creatio ad curam Prætoris potissimè pertineret: arguit certè id locus Modestini in *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.* in verbis, *ἐκ τῆς ὑπατικῆς ἐξουσίας.*

Ex inquisitione) D. Hotom. reponit, *ex jurisdictione*; quomodo etiam legisse videtur Theophilus, qui vertit *κατὰ jurisdictionem.* Et sanè probabile non est, antea temere & sine ulla inquisitione tutores dari potuisse: quamquam necesse non est, textum ob id mutare; nam fortassis constitutionibus demum ratio inquirendi certo definita est. Discimus autem ex Modestino, quatuor potissimùm in rebus eam consistere, ut inquiratur tutor creandus sitne vitæ frugi, & honestis moribus? Situe locuples? Num se ingerere voluerit, ut crearetur? Denique num pecunia data tutelam ambierit? *L. scire oportet.* 21. §. *ult. de tut. & cur. dat.*

Prætores ex constitutionibus) Jul. Capitolinus *cap.* 10. hoc tribuit M. Antonio Philosopho: *Prætorem*, inquit, *tutelarem primus fecit, cùm ante tutores à Consulibus poscerentur, ut de tutoribus diligentius tractaretur.* Atque hic iterum observandum, neque Consules, neque Prætores vi imperii aut Magistratus sui jus dandi tutores habuisse; sed tum demum habere cœpisse, postquam id iis specialiter datum est constitutionibus Principum.

Nam supradictis legibus) Duplicem causam affert, cur tandem ex legibus Attilia, Julia, & Titia tutores amplius dari non placuerit: una est, quia istis legibus nihil cavebatur de satisdatione à tutoribus exigenda, rem pupilli salvam fore: altera, quia nihil definiebant de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem: quod utrumque factum est constitutionibus. Neutrum autem proprium est hujus generis tutorum: nam cautio vel maximè ad legitimos pertinet, ut videbimus *inf. de satisd. tut.* Coactio verò omnium tutorum communis est. Coguntur autem extra ordinem remediis prætoris, videlicet multæ dictione, aut captis pignoribus, *l.* 1. *de adm. tut. l.* 3. *C. de susp. tut. l.* 9. *de mun. & hon.* §. *pen. inf. de satisdat. tut.* Nostris moribus certo loco addici solent cauponæ, sive diversoria, quæ forma compellendi & exequendi *Ersselinge* vocatur, & apud nos usitata est in præstatione facti, vid. *art.* 31. *ord. just. & art.* 14. *cum* 2. *seqq. amp. Inst. cur.* Compelli tamen & alias paratæ sive præsentaneæ executionis via possunt, si hoc consultius videbitur, *art.* 11. *statut. Rhiinland.* 1

TEXTUS.

Jus Novum.

4. *Sed hoc jure utimur: ut Romæ quidem Præfectus urbi, vel Prætor secundùm suam jurisdictionem; in provinciis autem Præsides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus jussu Præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.*

NOTÆ.

4. *Secundùm suam jurisdictionem*) Prætoris imperium mutis urbis definiebatur, Præfecti urbis usque ad centesimum lapidem, *l. 1. §. 1. de offic. præf. urb.*

Præsides) Hoc nomine hic videntur intelligi omnes, qui provincias regunt, non soli legati Cæsaris, *l. 1. D. de off. præf.* junct. *l. 1. D. de tut. dat.*

Ex inquisitione) Quæ quibus in rebus consistat, docet Mod. *l. 21. §. pen. & ult. de tut. dat.*

Magistratus) Intellige municipales, *l. 3. d. tit. l. 2. §. 23. D. ad sen. Tertyll.* Græci στρατηγὺς appellant. Theoph. & Basil.

COMMENTARIUS.

1 *Jure Magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa.*
2 *Ea quæ jure Magistratus competunt, mandata jurisdictione transire; specialiter concessa non item.*
3 *Vocabulo jurisdictionis latè sumpto; etiam ea, quæ specialiter tribuuntur, non obsurdè eo referri.*

PRæfectus urbi) Qua primùm lege tutoris dandi potestas Præfecto urbis data sit, non memini legisse: datam tamen constat, *l. Titius 45. §. Romæ 3. de exclus. l. 1. C. de tut. illust.* Olim hic Magistratus juri dicundo constituebatur ad tempus, Regibus aut Magistratibus urbis profectis. Post cœpit constitui ad paucos dies tantùm; quoad solemne sacrum feriarum Latinarum peractum esset. Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito *6. annal. cap. 10. 11.* Auxit deinde potestatem Præfecti Divus Severus, dataque ei cognitio de omnibus criminibus, non tantùm in urbe, sed etiam in Italia, usque ad centesimum ab urbe lapidem, *l. 1. de off. præf. urb.* Consulatut Gruch. *2. de comit. 2.* VINN. Immo jam ab Augusti temporibus cognitio aliqua de criminibus penes Præfectum prætorio fuisse videtur. Id enim velle puto Tacitum *l. c.* verbis: *qui coerceret servitia, & quod civium audacia turbidum, nisi vim metuat.* Mox pleraque crimina à Præfecto urbi vindicata. Idem enim Tacitus *lib. 14. Annal. c. 41.* auctor est, Valerium Ponticum *ignominia relegationis adfectum, quod reos ne apud præfectum urbis arguerentur, ad Prætorem detulisset* conf. Tacit. *Hist. lib. 2. c. 63. sequ.* Dosith. *Epist. Hadr. cap. 7.* Unde Severus territorium tantùm hujus jurisdictionis ad centesimum ab urbe lapidem protulisse videtur. HEIN.

Secundum jurisdictionem) Quod semel atque iterum in transitu diximus, tutoris dationem Magistratui non competere jure sui Magistratus, aut vi jurisdictionis, quam habet, sed ex speciali concessione vel legis vel Principis, id operæ pretium est explicatius considerari: ita enim planè intelligimus, quid his verbis, *secundum jurisdictionem suam*, Justinianus significet; & simul utrum mandata jurisdictione, jus dandi tutores transeat, nec ne? Jure Ma- 1
gistratus competere propriè dicuntur, quæ quisque Magistratus ex natura officii sui habet, sive ob id, quod propterea initio creatus est. Igitur quæ Prætor habet ut Prætor, Præses ut Præses, &c. jure sui Magistratus habere dicuntur. Verbi causa, Prætor initio constitutus est ad hoc, ut in urbe juri dicundo præesset, *l. 2. §. cumque consules 27. de orig. jur.* Prætori igitur jure Magistratus sui competit jurisdictio & imperium, quod jurisdictioni cohæret, in causis, de quibus, & inter personas, quibus jus reddere jussus est. His opponuntur quæ specialiter lege aliqua vel constitutione Magistratui postea tributa sunt, *l. 1. de off. ejus cui mand.* cujusmodi est imperium, quod dicitur merum, *d. l. 1.* item actiones legis, quæ in specie sic appellantur, ut adoptio, emancipatio, manumissio, *arg. l. 2. & 3. de off. proconf. l. 1. de off. jur. d. l. 1. C. de adopt.* Paul. *2. sent. 25.* atque hujus quoque generis est tutoris datio, *l. 6. §. 2. de tutel.* Ex quo loco apparet, lege concedi non tantùm ea dici, quæ in causis singulis specialiter singulis conceduntur, puta Titio aut Mævio: sed etiam quæ in universum tribuuntur, & sub nomine officii, puta Prætori, Præsidi, &c. Quæ jure Magistratus competunt, natu- 2
ra sua insunt jurisdictioni, & ideo mandata jurisdictione transeunt; quæ autem specialiter Magistratui concessa sunt, non transeunt; quia ea non ex natura officii sui habet, sed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & jurisdictionem Magistratus, cui tributa sunt necessario non pertinet, *l. 1. de off. ejus cui mand.*

mand. l. 8. de tut. & cur. dat. d. l. 2. & 3. de off. procons. Cæterum si latius verbum jurisdictionis, aut hæc verba, *jure Magistratus*, accipias, etiam ea, quæ ita, uti diximus Magistratui specialiter concessa sunt, ad officium ejus aut jurisdictionem pertinere haud absurde dixeris, *arg. l. 1. de jurisd. l. 3. pr. de post. l. 3. §. 5. jud. solv. d. l. 2. §. 1. de off. procons.* utique accessione novæ auctoritatis plenius atque auctius officium ejus factum est. In latiori autem hac significatione accipiendum, quod 3 hic dicitur, *secundum jurisdictionem*: quamquam hæc verba & aliam interpretationem satis commodam admittunt; nimirum ut intelligamus Prætorem non alio in loco tutorem dare posse, quàm in quo jurisdictionem habet, neque aliis personis, quàm quæ jurisdictioni ejus subjectæ sunt, *per l. 1. in fin. l. 3. de tut. dat. l. ult. de jurisd.* ut *secundum territorium jurisdictionis suæ*: puta Romæ dumtaxat, aut in vicinis urbi municipiis, *arg. l. 5. de confirm. tut.* D. Tulden. *hic cap. 3.* post Mynf. & alios.

Præsides) Generali nomine Præsidis & Proconsul & præfectus Ægypti, omnesque, qui provincias regunt, appellantur, *l. 1. de off. præf.* quibus item omnibus tutores dare permissum est, *l. 1. de tut. & cur. dat.* Specialiter autem Præsides dicuntur, qui aliàs legati Cæsaris, *l. pen. ff. de off. præf.* nimirum qui mittebantur in provincias Principis, seu eas, quas Principes sibi reservaverant. De quo vid. Dion. *lib. 53.* Sueton. *in Aug. c. 47.*

Magistratus jussu præsidum) Hoc non ita accipiendum est, quasi vi hujus jussus aut mandati Magistratus municipales tutores dare potuerint: (nam iis quoque hoc jus specialiter datum est, *l. 3. de tut. dat.*) sed ideo dicitur, quia non ante hoc jus usurpare poterant, quàm rem ad Præsidem, cujus primæ partes erant, detulissent, isque eam, quòd forte aliis negotiis avocaretur, nec magnæ essent pupilli facultates, ad eos remisisset, *l. 1. §. si præf. 3. & §. si curatores 5. de mag. conv.* Nec admodum dissimile est exemplum Legati Proconsulis, qui mandata demum à Proconsule jurisdictione tutorem dare potest, *l. 13.* junct. *l. pen. de off. procons.* nec tamen propter mandatam jurisdictionem, sed quia id ei specialiter datum est oratione Divi Marci, *l. 1. §. 1. de tut. dat.* ea nempe lege, ut id demum exercere possit, postquam ei mandata est jurisdictio, ut illa jurisdictionis delegatio tantùm sit necessarium antecedens & causa sine qua non. Vinn. Mandari non poterat tutoris datio. Disertè enim Ulpianus *l. 8. ff. de tut. & cur. dat.* Nec mandante præside alius tutorem dare potest. Unde rectè Vinnius ait, suo proprio jure Magistratus municipales tutores dedisse, quia id illis concessum oratione D. Marci *l. 3. ff. eod.* at non simpliciter, sed si à Præside tutorem dare jussi sint. Rem omnem præclarè exposuit V. C. Ger. Nood. *de jurisd. lib. 2. cap. 8. p. 127.* Hein.

Textus.

Jus Novissimum.

5. *Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione Præsidum, disposuimus, si facultates pupilli, vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum unà cum ejusdem civitatis religiosissimo Antistite; vel alias personas publicas, id est, Magistratus, vel Juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela secundùm ejusdem constitutionis normam præstanda; videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.*

Notæ.

5. *Constitutionem*) Intelligit *l. 30. Cod. de Episc. aud.*

Quingentos solidos) Quòd si pupilli majores sint quingentenariis; à Præsidibus dabitur tutor.

Defensores civitatum) De defensoribus civitatum vid. *lib. 1. Cod. tit. 55. Nov. 15. περὶ τῶν ἐκδίκων*, Alc. 3. *disp. 5.*

Religiosissimo Antistite) Εὐλαβεστάτῳ ἐπισκόπῳ. Th. in constitutione, θεοφιλεστάτῳ, *Deo charissimo.*

Juridicum) Cui etiam olim data est legis actio, & jus tutores dandi, *l. 1. §. 2. de off. jur id.* δικαιοδότης exponitur in Basil.

Commentarius.

Quod jure veteri obtinebat, ut Magistratus municipales non aliter rectè tutores crearent, quam si id facere à præside jussi aut moniti essent; id ex parte à Justiniano mutatum est, constitutumque, ut si pupilli facultates non excedant summam 500. solidorum, liceat Magistratibus cum civitatis Episcopo tutores creare, Præsidis jussu non expectato, *l. sancimus 30. C. de episc. aud.* Ergo si majores sint pupilli facultates, jussus Præsidis, ut ante, expectandus erit.

Quingentos solidos) Solidum idem esse quod au-

aureum, ex innumeris locis patet. Aureus centum continet valetque sestertios. Ergo quingenti aurei, sive solidi efficiunt quinquaginta HS. millia; nostræ monetæ Caroleos bis mille quingentos. Vid. Brisson. & Hotom. in *comm. de verb. sign.* Ex professo autem hanc rem tractant Budæus *de asse*, & item Hotom. *de re nummaria.*

Vel alias publicas personas) Id est, Magistratus; quos singulæ civitates more suo, atque instituto habent. Cujacius scribit, constitutionem Justiniani exigere, ut legamus, *vel aliis publicis personis, vel Magistratus.*

Juridicum Alexandrinæ civitatis) Cur etiam jam ante jus tutores dandi constitutione D. Marci datum fuit, *l. 2. de off. jurid.* & generaliter legis actio, *l. 1. eod. tit.*

Eorum periculo) Magistratuum nimirum minorum, quorum jam facta est mentio. Hi enim ut satisdationem exigebant, ita & pupillis in subsidium tenebantur, *tit. de mag. conv. §. 52. & ult. inf. de satisd. tut.* quod nunc ferè abiit in desuetudinem, ut illic notamus.

TEXTUS.

Ratio Tutelæ.

6. *Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est: ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.*

NOTÆ.

6. *Juri naturæ*) Tutela ortum à jure naturali sumpsit: quippe cui juri omnino consentaneum ut alterius prudentia regatur, qui ipse se defendere non potest. Cic. 1. *de off. cap.* 34. Incrementum autem & formam à jure civili.

COMMENTARIUS.

Tutela ex eorum numero est, quæ in genere & quasi in abstracto considerata sunt juris gentium in specie & concreto juris civilis. Nam ut ineuntis ætatis inscitia atque imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio constituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens est; Cic. 1. *de off. c.* 34. Arist. 1. *pol.* quod & apud omnes gentes procul dubio observatur. At forma regendi, qualitas personæ tutoris, ejusque constituendi modus, potestatis, quam habet, circumscriptio; hæc omnia sunt juris civilis, prout quæque civitas ordinaverit.

Perfectæ ætatis non sit) In calce §. *ult. prac. tit.* notavimus, perfectam ætatem in jure civili eam plerumque dici, quæ est annorum 25. Hic autem pinguius, non esse perfectæ ætatis, accipitur pro, non esse puberem, quamquam etiam ad puberes minores 25. annis, quod hic dicitur, quadrare potest.

TEXTUS.

De tutelæ ratione reddenda.

7. *Quum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant; post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.*

NOTÆ.

7. *Post pubertatem*) Vel alio modo tutela finita, *tit. D. de tut. & rat. distr.* nisi autem finita sit tutela, tutelæ agi non potest, *l. 4. pr. l. 9. §. 4. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Moribus nostris tutores etiam singulis annis rationem reddere administrationis suæ.*

Hic locus obiter tutores admonet officii sui atque administrationis; quod in *Pand. & C.* copiosè explicatur *tit. de admin. tut.* add. Grot. 1. *man. 9. art. 21. & seqq. statut. Rhynland.*

Post pubertatem) Quippe tutelæ agi non potest, nisi tutela finita sit, *l. 4. de tut. & rat. distr.* ejusque rei hanc rationem reddit Ulp. *l. 9. §. & generaliter 4. eod. t.* quòd absurdum sit, à tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat: quam ob causam nec à curatore rationes curæ administratæ durante officio actione utili sive tutelæ sive negotiorum gestorum exigi possunt, *l. 2. l. rationes 14. C. de adm. tut.* Hoc dissimile est, quòd curatores durante adhuc ratione singularum rerum nomine conveniri possunt, *l. 16. §. 1. de tut. & rat. distr. l. cum curatore 26. de adm. tut. l. 1. §. 3. in fin. de cont. tut. act.*

Tutelæ judicio) In omnibus, quæ fecit tutor, cùm facere non deberet, item in his, quæ non fecit, tutelæ judicio rationem reddit, præstando dolum, & culpam & quantam in suis rebus diligentiam, *leg. 1. de tut. & rat. distr.* nec potest hæc rationis reddendæ necessitas à patre testamento remitti, *l. 5. §. Julian. 7. de adm. tut.* quamquam inventarii solemnis confectio prohiberi potest, ne secre-

ta

ut patrimonii pandantur, *leg. ult.* §. 1. *Cod. de arb. tut.* de quo vid. Montan. *de jure tut. c.* 32. *reg.* 4. *de confess. inv. n.* 98. *& seqq.* Moller. 1. *semest.* 39. Rationem reddere nostratibus est, *Rekening bewiis en* reliqua *doen*: idque facere nostro jure tutores tenentur non solùm finita tutela, sed etiam quotannis; juxta *ar.* 44. *dd. stat.* & ea quæ *in fin. d. cap.* 9. notat Grot. quod etiam per uuiversam Germaniam observatur ex constitutione Caroli V. teste Schneid. *hic* Wvesemb. *par. de adm. tut. n.* 3. & jure Canonum jam ante obtinuisse, arguit *Clement.* 2. *de relig. dom. & cap.* 1. *de celer. agrot.* Zypæ *not. jur. Belg. de tut. vers. tut.*

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.
DE AUCTORITATE TUTORUM.
D. Lib. 26. *Tit.* 8. *C. Lib.* 5. *Tit.* 59.
Ratio dispositionis.

TRia potissimum sunt, in quibus gubernatio tutoris consistit; in persona pupilli tuenda; in rebus ejus gerendis; in auctoritate ei præstanda. Tuitio educationem, institutionem, defensionemque pupilli continet. In rerum administratione tutoris officium est, ut omnia ex utilitate pupilli bona fide curet. Auctoritas ad ea pertinet, quæ pupillus ipse gerit; neque aliud est, quàm probatio ejus, quod à pupillo vel cum pupillo geritur, *l.* 3. *hoc tit.* Duo priora hic omissa sunt, & fortasse consulto, quia eorum tractatio prolixior visa est, quàm ut operi Isagogico inseri debuerit. In Pand. autem & Cod. diligenter exposita sunt *tit. de adm. tut.* Tantùm §. *ult. sup. t.* levis quædam mentio facta est administrationis & reddendarum rationum: unde tamen ordinis ratio petenda videtur & continuatæ tractationis, arg. ordinis Pand. Duo autem hic docet Justinianus; quibus in negotiis necessaria sit tutoris auctoritas, & quomodo interponenda.

TEXTUS.

In quibus causis sit necessaria.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria, ut ecce, si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere iis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem verò non aliter quàm cum tutoris auctoritate; unde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur: at invicem pupilli non obligantur.

NOTÆ.

Auctoritas tutoris) Tutores vel negotia gerunt ipsi, vel pupillis negotium gerentibus auctoritatem interponunt. Ulp. *t.* 11. §. 24. id est negotium confirmant: hoc enim est auctorem fieri, *l.* 3. *hoc tit.*

Si quid dari sibi) Pupillus, qui jam aliquem intellectum habet rectè sibi dari, sine tutore stipulatur, *l.* 9. *pr. eod.* §. 9. *infr. de inut. stip. l.* 1. *C. de auct. præst.* aut aliquid sibi remitti, *l.* 2. *D. de accept.* & in universum quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l.* 11. *D. de acq. rer. dom.*

Si aliis promittant) Aut quid remittant, alienentve, *l.* 5. *l.* 9. *hoc t.* §. *ult. inf. quib. al. lic.* aut hæreditatem adeant, §. 1. *inf. eod.*

Meliorem conditionem facere) Neque enim eis invidendum, ut rem suam augeant sine tutore, qui magis custos datum videtur pupillo, ne rem suam perdat. Fabrot.

Obligationes mutuæ) Qui contractus cum aliis initi ultro citroque obligationem pariunt; initi cum pupillo sine tutoris auctoritate eos solùm obligant, qui cum pupillo contraxerunt, *l.* 13. §. *propen. D. de act. empt. l.* 33. *D. pro soc. l.* 1. §. *ult. D. commod.* à patre autem pupilli claudicant συναλλάγματα.

COMMENTARIUS.

IN *quibusdam causis necessaria*) Ubi tutor ipse negotium gerit, supervacua est auctoritas. At pupillo gerente, quod aliquando necessarium est, puta si de servo manumittendo, aut de adeunda hæreditate agatur, aut constituendo procuratore, §. 1. *inf. eod.* §. *ult. inf. de curat.* locus est auctoritati tutoris: eaque

que in quibusdam rebus, quæ à pupillo geruntur, necessaria est; in quibusdam non est. In quo hæc distinctio pro utilitate pupillorum recepta est, ut ipsi contrahendo aut aliud gerendo, meliorem quidem conditionem suam facere possint etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem verò non possint, nisi cum tutoris auctoritate, *leg. 9. hoc tit. leg. 28. de pact. l. 11. de acq. rer. dom.* Et rectè, nam ubi nullum incommodum metuitur, frustra expectatur tutoris auctoritas, quæ ad hoc solùm comparata est, ut in metu periculi pupillo per eam consulatur. Quòd si culpa tutoris in damnum inciderit pupillus, eo nomine tutorem obligatum habet judicio tutelæ. Notandum autem est, hanc distinctionem pertinere ad pupillum infante majorem: nam infans ne tutore quidem auctore quicquam gerere potest, vid. *inf. §. pupillus. 9. de inut. stip.*

Si quid dari sibi stipulentur) Nullum enim periculum est, stipulari, inquit ille apud Plaut. *in Pseudol. act. 4. scen. 6. v. 14.* Idem est, si paciscantur aut stipulentur, ut id quod debent, iis remittatur aut acceptum feratur, *d. l. 28. de pact. l. 2. de accept.*

Aliis promittant) Aut rem suam alienent; actionem remittant; quod eis debetur, repudient; debitam pecuniam solvant, creditam accipiant, *l. 5. l. 9. hoc tit. l. 11. de acq. rer. dom. §. ult. inf. quib. al. lic.*

Ex quibus obligationes mutuæ) Ex quibusdam contractibus mutuæ obligationes, id est, ex utraque parte nascuntur, ut in emptione, locatione, mandato, societate, & aliis id genus: tam enim, verbi causa, obligatur emptor ad pretium solvendum, quàm venditor ad rem præstandam. Ex quibusdam verò nascitur obligatio ex una parte tantùm, ut in mutuo solus obligatur, qui accipit; in stipulatione, qui promittit, *l. 19. de verb. sign.*

Qui cum his contrahunt obligantur) Qui contractus cum aliis initi ultro citroque; obligationem pariunt; hi, si cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate, ab uno tantùm latere constant, eosque solùm obligant, qui cum pupillo contraxerunt, pupillos non item, *l. Julianus 13. §. antep. de act. empt.* Ratio hujus juris partim est favor pupillorum, partim quòd qui cum pupillo contrahit, cujus ætatem aspectus ipse indicat, suæ temeritati id imputare debeat, per *l. qui cum alio 19. de reg. jur.*

Non obligantur) Nisi in quantum locupletiores facti sunt, *l. 1. l. 5. §. 1. hoc tit.* Natura enim æquum est, neminem locupletari cum alterius jactura, *l. 14. de cond. ind.* An pupillus sine tutoris auctoritate ex conventione saltem naturaliter aliquando obligetur, & quam vim ea obligatio habeat jure civili, disputamus *inf. de inut. stip. sub §. pupillus 9.*

TEXTUS.

Exceptio.

1. *Neque tamen hæreditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hæreditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucrosa sit) ne ullum damnum habeant.*

NOTÆ.

1. *Neque hæreditatem adire*) Ex Cajo *leg. 9. §. 3. hoc tit.* cujus rei non alia ratio quærenda, quàm quod facto suo sine tutore se obligare non possunt, *d. l. 9. pr. l. 8. D. de acq. hær.* Non pertinet quidem hoc ad suos hæredes, beneficio tamen Prætoris abstinentium eadem causa, *§. 2. inf. de hær. qual. & diff. §. 3. inf. de hær. quæ ab int.*

Neque bonorum possessionem, &c.) Bonorum possessionis & fideicommissi hæreditatis eadem quæ hæreditatis jure civili aut directo delatæ ratio, *inf. lib. 3. t. 10. & lib. 2. t. 23.*

COMMENTARIUS.

HÆreditatem adire) Pupillus hæreditatem sibi relictam sine tutoris auctoritate adire non potest, *l. 9. §. 3. hoc tit.* Cujus rei non alia ratio quærenda, quàm quod facto suo sine tutoris auctoritate se obligare non potest, *l. 8. de acq. hær. d. l. 9. pr. hoc t.* At inquis, potest conditionem suam meliorem facere, etiamsi tutor auctor non sit. Fateor, modò ne ipse obligetur; ideoque à parte pupilli claudicant τὰ συναλλάγματα. Fieri autem non potest, ut pupillus hæreditate quæsita non obligetur ut hæres creditoribus hæreditariis & testamentariis; illis ut defuncti personam repræsentans; his ipsa aditione hæreditatis. Neque enim hic est, quod creditoribus: aut legatariis imputetur, qui cum pupillo hærede non contrahunt, sed in eum incidunt, quod & Mynf. observavit. Alia vulgo ratio affertur periculum scilicet æris alieni, quo emergente incipiat damnosa esse hæreditas: multaque insuper in hæredibus esse metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offensas, invidiam, *l. 4. ad sen. Treb.* Itaque quia judicio animi hic opus sit, necessariam

tiam esse tutoris auctoritatem, *l.189. de reg. jur.* Quæ ut vera esse fateamur, illud tamen adhuc relinquitur, cur non saltem favore pupillorum sustineatur hæreditatis acquisitio, quatenus illis lucrosa sit. Loquimur autem de pupillis extraneis hæredibus, quippe quibus ad acquirendam hæreditatem aditione opus sit: nam sui hæredes sine facto suo ipso jure hæredes fiunt etiam ignorantes, *l. 8. de acq. hær. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. def.*

Neque bonorum possessionem) Ob eamdem nimirum rationem, quia bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quàm hæreditas, & in omnibus vice hæredum bonorum possessores habentur: de quo *inf. lib. 3. tit. de bon. poss.*

Hæreditatem ex fideicommisso) Et hoc eamdem rationem habet: nam cùm restituta hæreditate actiones omnes, quæ hæredi in hæredem competunt, ex S. C. Trebelliano transeant in fideicommissarium, si pupillus ex fideicommisso hæreditatem susceperit; eo facto perinde obligabitur, ac si quamlibet hæreditatem adiisset. De fideicommissariis hæreditatibus tractabitur *inf. lib.2. tit. 23.*

Ne ullum damnum habeant) Melius meo judicio Cujac. Hotom. Wesemb. legunt, *quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat*, sine parenthesi: quomodo & apud Cajum legitur in Pand. & legisse etiam videtur Theophil.

TEXTUS.

Quomodo interponi debet.

2. *Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus verò, vel per epistolam, aut per nuntium interposita auctoritas nihil agit.*

COMMENTARIUS.

EXponitur hic modus seu forma interponendæ auctoritatis ex Cajo *d. l.9. §. tutor. 5. h. tit.* Hic modus, ut legitimus habeatur, duo desiderat; ut tutor in negotio, quod cum pupillo geritur, præsens sit; ut statim atque peractum est, auctor fiat. Præsentia ideo desideratur, ut certo cognoscat tutor, quid negotii, qua fide geratur: ac proinde non sufficit corpore præsentem esse, nisi & animo sit, & intelligat quale sit quod contrahitur, *l. 14. eod.* junct. *l. 1. in fin. & l. 2. eod.* Cur autem statim & quasi calente adhuc negotio auctor fieri debeat, hæc ratio est. Quia interpositio auctoritatis integrat quodammodò personam pupilli, qui per se contrahere non potest: efficitque, ut actus sustineatur, qui alioqui ipso jure invalidus ex intervallo non posset confirmari. Non est autem necesse, ut & is præsens sit, qui cum pupillo contrahit; potest enim ille aliquid vendere aut locare pupillo per epistolam, & tutor auctoritatem pupillo accommodare, *d. l. 9. §. ult.* Illud quoque sciendum est, auctoritatem semper purè à tutore interponendam esse, non conditionaliter, quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, *l. 8. eod.* VINN. Ratio, cur præsens in ipso negotio statim auctoritatem interponere teneretur, hæc reddi potest proprior, quòd illa interpositio auctoritatis fuerit actus legitimus. Quod & inde patet, quòd non admittat conditionem, *l. 8. ff. hoc tit.* HEIN.

In ipso negotio præsens debet auctor fieri) Tutoris auctoritas perfecto negotio interponitur, ut disertè scribit Ulp. *l. si quis 25. §. jussum 4. de acq. hær.* Quamobrem hæc oratio vel sic resolvenda est, *tutor in ipso negotio præsens statim debet auctor fieri*. Ut intelligamus, & præsentiam tutoris in ipso negotio, dum adhuc geritur, requiri, & statim ut negotium perfectum est, auctorem fieri oportere; quod & arguit mox sequens illatio, *post tempus verò, &c.* Vel si hæc verba, *in ipso negotio*, ad illa *auctor fieri*, referre malis, in ipso negotio fieri intelligi debet, non quod fit, cùm nihil dum gestum; (quid enim tunc probet tutor?) sed quod fit, negotio quidem cum pupillo jam gesto, sive tractatu præsente tutore habito, sed statim & in continenti subsequitur, & tractatum illud concludit ac firmat. Sic in *l. 1. de solut.* in solutione sive in re præsenti constituere dicitur, in quam causam solutum velit, qui statim atque solutum est, constituit. Cæterum hæc subtilitas hodie insuper habetur. Autumn. *collat. jur. in d. l. 9. §. tut. 5.* VINN. Vulgo huic §. 2. *h. t.* opponunt *l.25. §. 4. ff. h. t.* Ubi & perfecto negotio auctoritatem interponi posse, ait Ulpianus. Conciliationem tentavit Cujac. *Obs. lib. 13. cap. 31.* Gothofredus in *Comment. ad Reg. jur. 29. p.169.* ipsum Ulpiani textum sollicitat, & pro *perfecto negotio* rescribi jubet *provecto negotio*. Acuta sed minus necessaria correctio. Præsens tutor interponebat auctoritatem, sed perfecto negotio. Perfectum verò erat negotium, quando id peractum, à quo substantiam capiebat negotium, ex. grat. in stipulationibus, ubi congruè à pupillo responsum fuerat, auctoritatem interponebat tutor tanquam perfecto jam negotio. Hinc elegans illa ac subtilis quæstio in *Fragm. Regul. ex vetere JCto §. 15.* utrum, si fœ-

fœmina absens manumittat, tutor auctor fieri debeat, dum fœmina scribat Epistolam, an, dum servus cognosset dominæ voluntatem? Dubium enim erat, quo momento libertas ἀπαρτίζεται, *peragatur*, id est quo momento perfectum sit negotium? HEIN.

TEXTUS.
Quo casu interponi non potest.

3. *Si inter tutorem pupillumque judicio agendum sit: quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest; non prætorius tutor (ut olim) constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragatur; & eo peracto curator esse desinit.*

NOTÆ.

3. *Non prætorius tutor ut olim*) Moribus receptum fuerat, ut hoc casu tutorem habenti tutor daretur. Ulp. *t.* 11. §. 23. propter solemnitatem judiciorum, *l.* 19. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

JUdicio agendum sit) Nec plures sint tutores, alioqui nisi cum omnibus pupillo lis sit, unus ex iis auctor erit, *l. si plures* 24. *de test. tut.* Intellige autem, si judicio agendum sit de aliis rebus quàm de administratione tutelæ: nam tutelæ agi nisi finita tutela non potest, *l.* 4. *de tut. & rat. distr.*

In rem suam auctor esse non potest) Regula est, tutorem in rem suam auctoritatem accommodare non posse, *l.* 1. & 7. *hoc tit.* quemadmodum nec judex quisquam, aut testis in sua causa esse potest, *l.* 10. *de jurisd.* *l. nullus* 10. *de testib.* Et in casu proposito hoc alioqui absurdi eveniret, ut idem in eodem negotio & actor esset & reus. At enim nihil prohibet auctoritas, quominus negotium per consequentias etiam tutori geratur, *d. l.* 7. quod exemplo declaratur, *d. l.* 1.

Non prætorius tutor) Prætorianum appellari scribit Ulpian. & moribus pupillo dari, qui cum tutore suo, legitimo judicio agere vult, *tit.* 11. *de tutel.* §. *moribus* 24. Hæc igitur exceptio fuit regulæ ejus quæ prohibet, tutorem ad certam rem vel causam dari, §. *pen. sup. qui test. tut.* item alterius; qua traditur, §. *interdum* 5. *infr. de curat.* tutorem habenti tutorem dari non posse. Cur autem necesse fuit hoc casu tutorem dari? Nimirum quia judicia erant solemnia & ordinaria: ad ea autem, quæ solemnitatem juris desiderant explicanda, tutore auctore opus erat, *l. curatorem* 19. *hoc tit.* *l. cum in una* 17. §. 1. *de appell.* *l. ult. C. de in lit. tut. dand.*

Curator datur) Postquam judicia extraordinaria esse cœperunt, sublato solemni veterum formularum ritu, *infr. tit. de succ. subl.* & *tit. de interd.* §. *ult.* & *Cod. de form.* & *imp. subl.* quæ per quemvis procuratorem expediri potuerunt, ad ea tractanda & curatorem dari sufficere visum est. Unde existimo, Tribonianum verbum *curatoris*, in locum *tutoris* subjecisse in *ll.* 3. 4. 5. *de tutel.* *l.* 24. *de test. tut.* & *simil. loc.* Jure novo hæc disputatio penè supervacua est, quo vetuit Justinianus debitorem creditoremve pupilli tutorem creari; eique, qui pupillo, aut cui pupillus post cœptam tutelam debere cœpit, perpetuum curatorem adjungi voluit, *Nov.* 72. *c.* 1. & 2. Dixi autem penè: quia video plerosque hinc eximere tutores ex certa scientia testamento datos. DD. *in auth. minoris, C. qui dar. tut.* Schneid. *hic num.* 5. Montan. *de tut. c.* 9. *n.* 67. & *seqq.* atque ita judicatum refert A. Fab. C. *tit.* 20. *lib.* 5. *def.* 1. Sand. *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 1. Mynsingerus item excipit ex inquisitione datos; quod vix est ut probare possim. Illud constat, matrem & aviam non impediri debito aut credito, quominus filiorum suorum aut nepotum tutelam gerant, *auth. ad hæc, C. quand. mul. off. tut.* & multo igitur magis excipiendum pater & avus, ut curia Frisiæ censuit, teste Sand. *d. lib.* & *tit. defin.* 2.

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.
QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.
Cod. Lib. 5. Tit. 60.
Continuatio & methodica Tituli explicatio.

DIctum est, quibus modis tutela constituatur; quæ constitutæ vis atque auctoritas: reliquum est, ut videamus, quamdiu perseveret, quibusque modis ea finiatur. Modi finiendæ tutelæ varii sunt, tum ex persona pupilli, tum ex persona tutoris, tum ex persona utriusque. Item quidam communes sunt omnibus tutelæ speciebus, quidam proprii quarundam; sicut ex progressu apparebit. In summa autem duorum

rum horum modorum altero semper finitur, aut ipso jure, aut interventu Magistratus.

TEXTUS.

De pubertate.

Pupilli pupillæque, cùm puberes esse cœperint, à tutela liberantur. Pubertatem autem Veteres quidem non solùm ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, benè putavit, quod in fœminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo nostra sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus: antiquitatis normam in fœminis bene positam in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viri potentes esse credantur.

NOTÆ.

Sed etiam ex habitu corporis) Priscus eum puberem esse dicebat, in quem utrumque concurrit, & habitus corporis, & numerus annorum. Ulp. *tit.* 11. *in fin.*

Inspectionem habitudinis corporis) Sunt, qui negent tale quid apud Romanos factitatum, & impudicam illam inspectionem corporum Romanis moribus indignam esse existimant.

Nostra constitutione) Extat *in l. ult. Cod. quand. tut. vel cur. esse design.*

COMMENTARIUS.

1 *Longè ante tempora Justiniani receptum fuisse, ut pubertas etiam in masculis ex annis æstimaretur.*

2 *Suspectum auctori esse, quod scribit Tribon. de nudorum corporum inspectione.*

3 *Vim generationis in fœminis citius incipere quàm in maribus.*

4 *Tutelam muliebrem aliam fuisse ab hac pupillari fœminarum.*

5 *Moribus harum regionum tutelam pubertate non finiri.*

CUm puberes esse) Primus modus finiendæ in persona pupilli tutelæ est pubertas, *l. 1. C. quand. tut. vel cur.* Hinc puberes etsi curatorem accipiunt, in suam tutelam venisse antiqua locutione dicuntur, *inf. de pup. substit. in pr. l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab.*

Sed etiam ex habitu corporis) Fuere olim, qui pubertatem in masculis ex solo habitu corporis æstimabant. Proculejani eum puberem esse dicebant, qui quatuordecim annos explevisset: alii eum, in quem & habitus corporis & numerus annorum concurreret; teste Ulp. *tit.* 11. *de tutel. in fin.* Eam se controversiam sustulisse, abrogataque inspectione corporis pubertatem ex annis tantùm æstimari voluisse, scribit Justinianus *hic*, & *in l. ult. C. quand. tut. vel cur.* Sed profectò longè ante Justinianum receptam fuisse Proculi sententiam, multis auctoritatibus probari potest. Nam Tertullianus, qui aliquot sæculis ante Justinianum vixit, in *lib. de veland. virg.* apertè testatur, *Romanos pubertatem in annis, non in sponsalibus, aut nuptiis decernere*; hoc est, ex annorum numero, non ex habitu corporis puberem judicare. Et Macrobius *lib. 7. Saturn. cap. 7.* sic scribit; *secundum jura publica duodecimus annus in fœmina, & quartusdecimus in puero definivit pubertatis ætatem.* Idem *in somn. Scipion. lib. 1. c. 6.* ait, *tutelam pueris post bis septem annos absolvi.* Idque & Ulp. noster expressis verbis confirmat *l. 2. de vulg. & pup.* indeque est quod idem Ulpian. scribit, masculis post annum decimumquartum, fœminis post duodecimum permitti testamentum facere, *l. 5. qui test. fac.* 1

Inspectionem habitudinis corporis) Numquam mihi persuaderi potest, inhonestam hanc corporis inspectionem apud Romanos usitatam fuisse: neque est Veterum quisquam, qui tam impudicæ rei meminerit. Quod autem in libris Jurisconsultorum & apud Quintilianum *lib. 4. Inst. orat. 2.* legimus, dubitatum fuisse, ex habitudine corporis an ex annis pubertas metienda esset; non de turpi aliqua nudorum corporum inspectione accipiendum est; sed de externo corporis aspectu & vigore; ut is ex quorumdam sententia (quæ tamen non obtinuit) pubes haberetur, qui figura ac dispositione totius corporis liberorum procreationi idoneus videretur, *fac. l. 4. C. qui test. fac.* Etenim habitus sive habitudo Latinis Scriptoribus σχῆμα & formam corporis significat. Cic. *pro Cæl. c. 24. Quintus Metellus, cùm floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus.* Liv. *lib. 4. Fœdior corporis habitus, pallore ac macie perempti.* Terent. *in Eunuch. act. 2. scen. 3. v. 11. Qui color, nitor, vestitus, quæ habitudo est corporis?* Sic auctor ad Herenn. bonam corporis habitudinem appellat integram corporis constitutionem. Unde & eos qui obesiore erant corpore, habitiores dicebant, Terent. *Eunuch. act. 2. scen. 4. v. 22. Si qua habitior paulo, pugilem esse ajunt.* Plaut. *Epid. act. 1. scen. 1. v. 8. Corpulentior herclè, atque habitior.* 2

Ræwardus 4. *var.* 10. existimat, Triboniano imposuisse Platonem, qui *lib.* 11. *de legib.* convenientiam ætatis ad matrimonia definiri vult per judicem nudos omnino mares, nudatasque usque ad pubem fœminas inspicientem; Tribonianumque ea, quæ de pubertate ex habitu corporis æstimanda apud Jurisconsultos legerat, ex imaginaria illa Platonis lege interpretatum. In contrarium tamen moventur Hotomannus & Ant. Matthæus *Coll. Inst.* 2. *disp.* 2. auctoritate Quintiliani, qui *declam.* 219. scribit: nudari corpora puerorum, & ab judicibus inspici. Sed confictum hoc esse non dubito, ut fere fit in scholasticis exercitationibus. Vinn. Similia olim mihi in mentem venere *lib.* 1. *Antiqu. Rom. hoc tit.* §. 2. *sequ. p.* 224. Sed vide tu, sis, Viri amplissimi Corn. Bynkersh. *obs. lib.* 3. *cap.* 24. Deinde ante Justinianum adeo certum non fuisse pubertatis terminum, vel inde patet, quòd ipsi patres annum pubertatis liberis testamento præfinirent, modò decimum quartum, uti in *l.* 49. *ff. de legat.* 1. & *l.* 22. *ff. quando dies leg. ced.* modò decimum sextum, ut in *l.* 34. §. 2. *ff. de leg.* 3. *l.* 36. §. 1. *l.* 48. *ff. de cond. & demonst. l.* 46. *ff. ad SC. Trebell.* modò decimum octavum, ut in *l.* 101. §. 3. *ff. de cond. & demonstr.* Et hinc est, quod Paulus Apostolus hæredem pupillum sub tutoribus esse ait *ἄχρι της προθεσμιας τῦ πατρὸς. Gal. IV.* 2. Vide Merill. *Obs. lib.* 5. *cap.* 16. Hein.

3 *Post duodecim annos*) Pubertatis anni maximè propter nuptias definiti sunt: ideoque cùm vis generationis in fœminis citius incipiat quàm in maribus, placuit eas etiam citius tutela liberari. Et hoc est, quod Macrob. *lib.* 1. *in somn. Scipion. c.* 6. scribit, *de tutela*, inquit, *fœminæ propter votorum festinationem maturius biennio, quàm pueri, legibus liberantur.* Quòd autem generationi citius admoventur; id idem Macrob. *L. Saturn.* 7. infirmiori earum naturæ adscribit: nam & exilia poma celerius maturescere, robusta serius. Physici etiam hanc rationem afferunt; quòd facilius est pati, quàm agere; in generatione autem fœmina passive se habet. In universum autem, ut scribit Arist. 7. *de hist. animal.* *θᾶττον τὰ θήλεα τῶν ἀῤῥένων καὶ νεότητα, καὶ ἀκμὴν λαμ-*
4 *βάνει, καὶ γῆρας.* Alia ab hac pupillari fœminarum tutela fuit muliebris, de qua Ulp. *in fragm. tit.* 11. Nam & post pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum administranda, sed ad auctoritatem præstandam in solemnibus & civilibus, veluti ad judicia; ad dictionem dotis; ad alienandas res mancipii. Ulp. *d. loc.* Nisi dicamus, ex jure veteri hæc referri, quo jure mulieres perpetua tutela continebat, teste Boëtio *in Top. Cic.* Nam non temerè loca illa omnia, quibus traditur, tutelam in fœminis anno duodecimo finiri, & curatorem succedere, à Triboniano interpolata dixerim: quamvis id affirmet Ræward. 2. *var.* 10. Obstat enim locus Macrobii modò citatus: & Boëtius expressè de jure antiquo loquitur. Moribus harum regionum tutela pubertate non finitur: sed qui semel legitimè tutores dati sunt, etiam puberum rebus præsunt usque ad justam eorum ætatem, hoc est, donec 25. annos impleverunt, D. Gudelin. *in fin. lib.* 1. Christin. *volum.* 3. *decis.* 104. *num.* 14. & 16. & *volum.* 6. *decis.* 82. *num.* 9. Montan. *de tutel. c.* 37. *n.* 86. Groenevv. *de legibus abrog. hic*: quod & in Germania generali consuetudine receptum esse testatur Gail. 2. *obs.* 96. Paul. Busius *ad l.* 1. *n.* 7. *de tutel.* & in pleraque Gallia, Baro hìc.

Textus.

De capitis deminutione pupilli.

1. *Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati: item si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit.*

Notæ.

1. *Deportati*) Quia cives esse definunt, §. 1. *supr. quibus mod. Jus patr. pot.* Nota, etiam impuberes deportari posse, nempe qui sunt pubertati proximi & doli capaces, *l.* 111. *de reg. Jur. l.* 14. *D. ad sen. Silan.*

Commentarius.

Secundò finitur in pupillo tutela quavis capitis deminutione: sive enim adrogatus sit, sive deportatus, sive in servitutem redactus, tutela extinguitur, *l.* 14. *pr.* & §. 1. & 2. *de tutel.* unde hic locus descriptus est. Miscentur autem hìc modi, quibus & ex persona tutoris tutela finitur, §. 4. *infr. eod.*

Adrogati sint) Ratio est, quia desinunt esse sui juris, & in potestatem adrogatoris transeunt; nemo autem potest simul esse in tutela & in patria potestate, *sup. de tut. in pr.* Sed hoc moribus fere hodiernis non obtinet.

Vel deportati) Quod ob delictum iis contingere potest, qui sunt pubertati proximi, & doli capaces, *l. pupillum* 11. *de reg. jur.* §. *pen. inf. de obl. quæ ex del.* Constat autem, deportatos peregrinæ conditionis fieri, ideoque

que pro mortuis in iis, quæ juris civilis sunt, qualis est tutela haberi, §. 1. *sup. quib. mod. jus pat. solv. l.* 17. §. 1. *de pœn.*

In servitutem redigatur) Puta si pupillus jam doli capax ob ingratitudinem patrono iterum in servitutem tradatur: quo exemplo utitur Theophilus: idque fortiori ratione quàm si deportatus sit; quia cum civitate simul & libertatem amittit, §. 1. *sup. de cap. demin.*

Si ab hostibus captus) Cæterum eventus demum ostendet, an tutela hìc omnimodo finita sit; nam postliminio reversus procul dubio recedit in tutelam.

Textus.

De conditionis eventu.

2. *Sed etsi usque ad certam conditionem datus sit tutor testamento, æquè evenit, ut desinat esse tutor existente conditione.*

Notæ.

2. *Testamento*) Additum, quia à Magistratu ita non datur, *l.* 6. §. 1. *D. de tutor. l.* 77. *de reg. jur.*

Existente conditione) Veluti si Titius tutor testamento datus sit, usque dum uxorem ducet, & duxerit.

Commentarius.

Usque ad certam conditionem) Vel usque ad certum tempus: nam ut ad certam conditionem testamento datus, existente conditione tutor esse desinit; ita datus ad certum tempus, finito tempore deponit tutelam, *l.* 14. §. *ult. de tut. l.* 8. §. 1. & 2. *de test. tut.* §. *pen. inf. hoc tit.* Hoc autem modo finitur tutela ex persona tutoris, & proprius tutelæ testamentariæ, ut docemus *sup. qui test. tut. dar.* §. 3. Est & modus, qui huc pertinet, quo finitur tutela Atiliana. Nam si ex die aut sub conditione testamento tutor datus sit, is qui interim à Magistratu datus est, veniente die aut existente conditione, tutor esse desinit, §. 1. *sup. de Atil. tut.* add. quæ ad §. *ad certum tempus* 3. *sup. qui test. tut. dar.*

Textus.

De Morte.

3. *Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutorum.*

Commentarius.

Hic modus & ad omnem tutelam & ad personam utriusque ex æquo pertinet: eò autem maximè spectat, ut intelligamus, pupillo mortuo, ne ratione quidem bonorum, quæ post mortem supersunt, tutelam perseverare: mortuo tutore, hæredes ejus in tutelam non succedere, *l. antepen. de tut. l. ult.* §. 1. *de mun. & hon. l.* 4. *D. de tut. & rat. distr.*

Textus.

De capitis deminutione.

4. *Sed & capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se adrogandum dederit, legitima tantùm perit: cæteræ non pereunt, sed pupilli & pupillæ capitis deminutio, licèt minima fit, omnes tutelas tollit.*

Notæ.

4. *Legitima tantùm perit*) Agnatorum scilicet hodie id non obtinet: quia jure novissimo in totum sublata est agnationis & cognationis differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem, tum tutelam vocati, *Nov.* 118. *cap.* 5.

Commentarius.

Per quam libertas vel civitas) Hic modus solvendæ tutelæ communis est, ut notavi *sup. ad* §. 1. eamdemque in tutore, quàm in pupillo, rationem habet

Legitima tantùm tutela perit) Nimirum quia & perit agnatio, ob quam ea defertur, §. *ult. sup. de leg. agn. tut.* Legitima autem patronorum tutela huc nunquam pertinuit, Ulp. *in fragm. tit. de tutel.* §. 8. Porro jure novissimo nullam amplius legitimam tutelam minima capitis deminutione tolli, notavimus sub *dict.* §. *ult. de leg. agn. tut.*

Licèt minima fit) Is qui in potestate Patris est, si perfectæ ætatis sit, non prohibetur tutor esse, *supr. qui test. tut. dar. in pr. l. filiusfam.* 9. *de his qui sui vel al. jur*, In tutela autem nemo esse potest, nisi qui sit juris. Atque hæc ratio est, cur pupillo adrogato tutela pereat, tutore non item.

Textus.

De Tempore.

5. *Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.*

No-

NOTÆ.

6. *Ad certum tempus*) V. gr. ad biennium, *l.* 14. §. 3. *D. de tutel.*

COMMENTARIUS.

Dixi ad §. 2. *hujus tit.* Hoc autem modo quamvis tempore, ipso tamen jure tutela finitur. Etenim tutela non ullo jure propriè quæsito consistit: alioquin tempore ipso jure non finiretur, *l. obligationem* 44. *de oblig. & act.* sed in facto personæ & administratione magis posita est. Quæ autem talia sunt, ut facta sunt temporalia, ita & ipsa cum factis incipere & finiri possunt: argumento sit ususfructus, *l. un.* §. *pen. quand. dies us. leg. ced.*

TEXTUS.

De Remotione & Excusatione.

6. *Desinunt etiam tutores esse, qui vel removentur à tutela ob id, quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, & onus administrandæ tutelæ deponunt, secundùm ea, quæ inferius proponemus.*

NOTÆ.

6. *Se excusant*) In perpetuum, non ad tempus, §. 5. *tit. seq. l.* 16. *D. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

PRoponuntur hic duo modi, quibus tutela finitur, non ipso jure, ut superioribus, sed interventu Magistratus: excusatio scilicet, & justa suspicio. Excusatio volentem liberat: suspicio invitum removet. Est verò major excusationum usus tutela delata, quàm suscepta. Sed & quasi suspectus quis postulari & removeri potest, antequam incipiat tutelam gerere, de quibus suo iterum loco. De excusationibus est *tit. pen.* de suspectis tutoribus *tit. ult. bujus libri.*

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE CURATORIBUS.

D. Lib. 27. *Tit.* 10. *C. Lib.* 5. *Tit.* 70.

Continuatio & summa Tituli: tum genera curatorum distincta.

TRansit nunc Imp. ad alterum membrum divisionis positæ in *pr. supr. de tutel.* quod eos complectitur, qui cùm sui juris sint, curatorum tamen auxilio reguntur: exponitque promiscuè, quibus & à quibus, quando, & quomodo curator detur. Sciendum autem est, duo esse genera curatorum; unum eorum, qui nulla personæ habita ratione, si res exigat, bonis constituuntur; puta vel debitoris latitantis, vel hæredis, qui in utero est aut domini, qui ab hostibus captus sit, *tit. de cur. bon. dand.* quod genus huc non pertinet, alterum eorum, qui certis personis, quæ alieno auxilio indigent, dantur ad res earum administrandas; qui hujus sunt argumenti. Sunt autem & ipsi duorum generum: dantur enim vel propter ætatem ejus qui in curatione sit; vel propter animi aut corporis morbum. In priore genere sunt minores 25. annis: in posteriore furiosi, prodigi, mente capti, muti, & surdi, & qui perpetuo morbo laborant. Quamobrem sic rectè definietur curatio: potestas jure constituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus suis superesse ipse non potest. Ex hac definitione facilè intelligere poteris, & quæ communia sunt curæ cum tutela, & quæ discrepantia: maximè si cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque, quæ ad illam illustrandam scripsimus sub §. 1. *sup. de tutel.* Cæterum & in processu pleraque iterum notanda erunt.

TEXTUS.

De adultis.

Masculi quidem puberes, & fœminæ viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licèt puberes sint; adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint.

NOTÆ.

Ad vicesimum quintum annum) *Leg.* 1. *in fin. D. de min.* post quod tempus completur virilis vigor, quæ Græcis ἀκμὴ. bellè Cujac. ad *dict. l.* 1.

Curatores accipiunt) Nisi ætatis veniam à Principe impetraverint, *C. de bis qui ven. æt. imp.*

Ne-

Negotia sua tueri) Et ideo quamvis qui in tutelam suam venit, sui potens est, κύριος ἑαυτῦς; nondum tamen est, κύριος τ̃ αὐτῦ. Fabrot. *l.* 20. *D. de rit. nupt. l.* 8. *Cod. eod.*

Commentarius.

1 *Cur tutela in fœminis citius quàm in maribus finitur: cura eadem ætate in utrisque.*
2 *Quare fœminæ biennio maturius quàm masculi ætatis veniam impetrare possint.*
3 *Quid consuetudine harum regionum circa utrumque illud receptum.*
4 *Quando dies cœptus pro completo habeatur, & contra.*
5 *Cur placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi.*
6 *Cur tam curiosè de curatore adolescentibus dando caveatur, cùm nihilominus si capti fuerint, in integrum restituantur.*

Usque ad vicesimum quintum annum) Tutela in maribus tardius finitur quam in fœminis, quia fœminæ, ut superius di-
1 ctum est, citius pubescunt. At cura in utrisque eodem tempore finitur; nimirum post annum vicesimum quintum. Et verò nulla ratio est, cur fœminæ maturius quàm masculi cura liberari debeant: cùm potius diuturniore cura continendæ videantur propter sexus fragilitatem, ob quam & in perpetua cura olim fuere. Et jure quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Cæterum adolescentes honestate morum prædìti post annum vicesimum; fœminæ, quas morum honestas mentisque solertia commendat, post annum octavum decimum, ætatis veniam à Principe impetrare possunt, ut ex eo tempore res suas sine curatoribus administrent; ac tum quidem in integrum non restituuntur, *l.* 1. & 2. *C. de his qui ven. ætat.* Sed tamen in eo adhuc simili conditione cum cæteris minoribus sunt, quòd immobilia sine decreto alienare aut obli-
2 gare non possunt, *l.* 3. *C. d. tit.* Cur autem hoc fœminis biennio maturius conceditur? D. Bachovius negat solidam ejus rei rationem dari posse. D. Brederodius *in not. ad Schneid.* hanc affert, quòd quamvis judicium muliebre ἐπί τε πλεῖστον infirmius sit virili; tamen quæ natura solertiores sunt, si ad virtutem pergant, celerius maribus prudentes fieri: propterea quòd vehementiores multo in fœ-
3 minis affectiones sint, quàm in viris. Moribus patriæ non solùm Princeps aut summus Magistratus, sed etiam Curia provincialis, ætatis veniam concedere solet, aliique judices ordinarii, quibus id facere jure legitimo competit: neque veniæ concessio continet jus prædia alienandi sine cognitione judicis, nisi & hoc ex magna causa, & quidem à supremo Magistratu expressè indultum sit, auctore Grot. 1. *man.* 10. Vid. Groenevv. *de legib. abrog. ad tit. C. de his qui ven. ætat. & ibi alleg.* Diximus quoque non multo ante, consuetudine harum regionum receptum, ut tutela demum finiatur post perfectam ætatem eorum, qui in tutela sunt; hoc est, postquam egressi sunt annum vicesimum quintum. Apud nos enim ignoratur distinctio, quam jus civile Romanorum facit inter ætatem pupillarem, quæ sub tutela, & minorem, quæ in curatione fit. Unde & tutela ac cura uno communi nomine & promiscuè appellatur *Voogdye*, aut *Momberschap*, & tutores curatoresque *Voogden* aut *Momboirs*, pupilli & minores indiscriminatim *Vveezen*. Cæterum etiam ante eam ætatem tutela sive cura finitur, contracto scilicet matrimonio: quamquam tunc ex causa à judice ad tempus prorogari potest: quod & tunc locum habet, cùm ætate finita est, Grot. *d. loc.* Statuto Leidensium nemo suæ curæ esse incipit, nisi qui causa cognita à Magistratu tutelari dimissus, *art.* 141.

Completum) Curatio non finitur nisi anno vicesimo quinto exacto & completo. Hoc enim utile minori visum est, ut tempus à momento in momentum spectetur: nam si postremo vicesimi quinti anni die cœpto aut nondum completo læsus fit, poterit adhuc in integrum restitui, *l.* 3. §. *minorem* 3. *D. de minoribus.* Ad quem locum Glossa notat diem cœp- 4
tum pro completo haberi, quoties id alicui utile est, aut alioqui favorabile, ut in usucapionibus, *l.* 6. *de usucap.* in testamenti factione, *l.* 5. *qui testam. fac.* in manumissionibus, *l.* 1. *de manumiss.* quò etiam pertinet *l. anniculus* 134. *de verb. sign.* In honoribus quoque favoris gratia constitutum esse, ut annus inchoatus pro pleno habeatur, *l.* 8. *de mun. & hon.* Contra autem, ubi favorabile est, non numero dierum, sed momentis temporum annum dividi; diem cœptum pro completo non haberi, ut in temporalium actionum præscriptione, *l.* 6. *de obl. & act.* in vacatione tutelæ, *l.* 2. *de excus.* & in casu proposito; ita & Costal. ad *l.* 3. §. 3. *de minor.* Cur autem placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi; docet nos Ulp. *l.* 1. §. 2. *d.* 5
tit. quia, inquit, *post hoc tempus completur virilis vigor*; convenienter sententiæ Physicorum, qui tradunt, anno vicesimoquinto, quo corpus crescere definit, etiam animam ad summum

mum

mum perfectionis suæ gradum pervenire, eaque demum ætate evidentia vigoris animi & constantiæ mentis vestigia emergere; conquiescente scilicet illa humorum ac corporis perpetua agitatione ac perturbatione, cui adolescentes obnoxii. Quamobrem & justa, perfecta, integra, robusta hæc ætas in libris nostris appellatur, Græcis ἀκμὴ dicitur. Pulchrè D. Cujac. *de minor. in pr.* add. Magir. *6. Physiolog. 5.* Quamquam igitur naturæ lege certa ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non est, nisi κατὰ πλάτος, tamen ex his, quæ diximus, abundè patet arbitror, hanc ætatis justæ definitionem non esse juris merè positivi, ut existimant Bachovius. Vinn. Immo esse videtur juris merè positivi, nec magis naturalis ratio movit Romanos, ut anno Ætatis XXV. minorennitatem finirent, quàm Saxones, ut anno XXI. Definitus hic annus videtur lege Lætoria, quæ ideo *quinavicenaria* dicitur Plauto in *Pseud. act.* 1. *scen.* 3. *v.* 69. Annum verò potissimum XXV. electum arbitror à Lætorio, quia vulgo Romani longissimum humanæ vitæ spatium C. annis circumscribebant, *l. 56. ff. de usufr.* Plin. *lib. 7. Hist. nat. cap. 4.* Sen. *de brev. vitæ, cap. 3.* Ejus ergo primum quadrantem juventuti tribuebat Lætorius, & hinc eamdem anno ætatis XXV. finiri existimabat. Observationem hanc collegæ olim conjunctissimo Nic. Hieronymo Gundlingio, me debere lubens fateor. Hein.

Adhuc tamen ejus ætatis sunt) Constat inter omnes, ait Ulp. *l.* 1. *pr. de min.* fragile esse & infirmum hujusmodi ætate consilium, multorumque captionibus & insidiis expositum; ideoque Prætorem naturalem æquitatem secutum, auxilium adolescentibus adversus captiones polliceri, *& in fin. d. l.* 1. addit, ideo eos usque ad vicesimum quintum annum cu-
6 ratorum auxilio regi. Sed quid opus fuit de curatore adolescentibus dando tam curiosè cavere, cùm si capti fuerint; prætor eos in integrum se restituturum polliceatur, nec iis minus subveniat qui curatorem habentes eo auctore quid gesserunt? *Tot. tit. C. si tut. vel cur. int.* Nimirum magis decorum atque honestum visum est, in tempore occurrere & providere, ne minores capiantur, quàm ut assiduis implorationibus tribunalia personent. Deinde quia id etiam minoribus tutius est & utilius, ne post vulneratam causam remedium quærentibus impedimentum aliquod objiciatur, *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec.* Curatoris autem consilio & prudentia efficitur, ut non tam facile lædantur, nec necesse sit restitutionem in integrum toties postulare: quamquam si nihilominus læsi proponantur, auxilium iis prætor non denegat. Illud obiter monendi sumus, non tantùm ætate curationem finiri, sed aliis etiam ex causis, atque ex iisdem fere, ex quibus finitur tutela: denique similiter vel ipso jure, ut adrogatione adolescentis, morte, servitute, deportatione vel adolescentis vel curatoris, vel interventu Magistratus, ut excusatione, remotione.

Textus.

A quibus dentur Curatores.

1. *Dantur autem curatores ab eisdem Magistratibus, à quibus & tutores. Sed curator testamento non datur: datus tamen confirmatur decreto Prætoris vel Præsidis.*

Notæ.

1. *Testamento non datur*) *L. 6. D. de confirm. tut. l. 2. C. eod. L.* 12. tabb. permissum parenti non curatorem, sed tutorem testamento dare.

Commentarius.

Ab eisdem Magistratibus) Igitur Romæ à præfecto urbis vel prætore: in provinciis à præsidibus: in municipiis aut agris municipiorum à magistratibus municipalibus, juxta distinctionem traditam, §. *nos autem 5. sup. de Atil. tut. l. 3. D. de tut. dat.*

Testamento non datur) Idem traditur in *l. 7. Cod. de test. tut.* At quamobrem? Nimirum quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi si velint res suas administrare possunt; de quo mox plura. Eademque ratio est, cur pater liberis sui puberibus substituere non possit: scilicet quia ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt, *l. 2. de vulg. & pup.*

Datus tamen confirmatur) Sive à patre, sive à matre datus sit: & confirmatur perinde ut tutor testamento non legitimè datus, *l.* 1. *in fin. l. 2. §. 1. l. 6. de conf. tut. l. 2. C. eod.* ac proinde naturam sapit testamentarii, *l. 7. ff. rem pup. salv.* Est autem credibile, hanc curatoris testamento dati confirmationem post constitutionem M. Antonini primùm introductam fuisse, qua cavit, ut omnes adulti curatores acciperent, secundùm ea, quæ mox dicemus.

Textus.

Quibus dentur.

2. *Item inviti adolescentes curatores non ac-* ci-

cipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam causam dari potest.

Notæ.

1. *Inviti adolescentes*) Et ideo ipsi soli sibi curatorem petere poterant, *l. 1. §. ult. D. qui pet. tut.* Ubi autem petentibus semel curator datus est, hujus curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debent: ita cape *l. 1. in fin. D. de min.*

Præterquam in litem) Sive minor sit actor, sive reus: quia legitimam personam per se standi in judicio non habent, *l. 2. C. qui leg. pers. stand. in jud.* Vide fusius in comment. infr.

Commentarius.

1 *Adolescentes olim invitos curatorem non accepisse; neque id mutatum constitutione D. Marci.*

2 *Responsio ad loca, quæ in contrarium afferuntur.*

Hic locus quamquam in foro nullum usum habet, (constat enim, adolescentes etiam invitos hodiernis moribus curatores accipere) tamen ad juris Romani cognitionem multum conferre potest diligens ejus expositio. Ait, *inviti.* In quo primum secum pugnare Justinianus videtur, qui initio hujus tituli dixit, ideo minores 25. annis curatores accipere, quia ejus ætatis sunt ut negotia sua tueri non possint. Deinde cum Justiniano Ulp. qui in *l. 1. §. ult. de min.* expressè scribit, minoribus 25. annis rei suæ administrationem committi non debere, quamvis rem suam bene gerentibus. Accedit, quòd ne Principes quidem, nisi per raro atque extra ordinem, minoribus rerum suarum administrationem indulgere soleant; auctore eodem Ulp. *l. 3. pr. d. tit.* Rævardus 1. *var.* 17. & Cujac. *in l. 1. de excus.* socordiam Triboniani accusant, qui ex veteri jure legis Lætoriæ hic repetiverit quod jampridem constitutione D. Marci ab-
1 rogatum erat. Sed enim & ex responsis recentiorum Jurisconsultorum & ex posteriorum Imperatorum rescriptis manifestè evincitur, etiam post D. Marci constitutionem non omnes minores curatores accipere coactos. Veluti ex eo, quod Papinian. scribit, *l. 13. in fin. de tut. dat.* non nisi minoribus desiderantibus curatores dari solere. Et quod Modestin. *l. 2. §. pen. & ult. qui pet. tut.* non licere aliis curatores minoribus petere, sed ipsos minores dumtaxat sibi petere posse. Item ex eo, quod Imperatores Diocletianus & Maximianus Attiano minori rescribunt, *l. 2. C. de in int. rest.* interesse, utrum is curatorem habeat, an non habeat; si habeat, contractum ab Attiano initum jure non subsistere; si non habeat, subsistere, implorandamque esse restitutionem in integrum. Denique non uno in loco invenias, adolescentes sine curatoribus propositos, ut in *l. 7. §. 2. de min. l. muto 43. §. 3. de proc. l. 1. l. 7. C. qui & tut.* Vix hæc componi poterunt, nisi à capite rem arcessamus. Igitur cùm lege 12. tabularum de curatoribus propter ætatem adolescentibus dandis nihil cautum esset, neque certum ullum remedium adversus captiones & circumscriptiones, quibus hæc ætas obnoxia, introductum; lata postea est lex Lætoria, qua & circumscriptioni adolescentum abunde provisum est, atque insuper permissum curatores adolescentibus dari; non promiscuè tamen, sed lascivioribus & dissolutius viventibus, aut qui ingenio nimis hebeti essent, mentisve suæ non satis compotes: & fortassis ob alias etiam causas, quas exprimere, & Magistratui probare debebant, qui curatorem iis dari postularent. Quod quoniam odiosum erat, & pudorem eorum, quibus curator dabatur, sugillabat; tamdem M. Antoninus Philosophus de curatoribus ita statuit, *ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis* auctore Capitolino *in Marco, cap. 11.* Horum autem verborum hunc esse sensum apparet, ut deinceps ex constitutione Antonini omnes adolescentes discriminatim curatores accipere possent, remissa necessitate allegandi & probandi causas, ob quas peterentur; quod exigebat lex Lætoria: non inquam, ut inviti acciperent, sed ut sine periculo existimationis, si vellent, curatorem habere possent. (Meminit legis Lætoriæ etiam Cic. 3. *de offic. cap. 15. & 3. de nat. Deor. cap. 20.* Plautus *in Pseud. act. 1. scen. 3. v. 69.* quinam vicenariam appellat, ut nonnulli existimant.) Nulla igitur ratio est, cur Triboniano incusemus oscitantiam, cùm ne quidem post constitutionem Antonini inviti adolescentes curatores acceperint. Quid ergo responde- 2
mus ad ea, quæ huic sententiæ paulo ante objecimus? Nempe quod Imperator initio hujus tituli ait, puberes usque ad vicesimum quintum annum curatores accipere; de volentibus & petentibus accipiendum esse, *arg. hujus §. pen. & ult. qui pet. tut. vel cur.* cui & subjecta ab Imperatore ratio accommodanda est. Ulpianum autem *l. 1. §. ult. de min.* de effectu curæ jam constitutæ loqui, cujus ea vis sit

sit, ut minores, quibus petentibus semel curator datus est, hujus curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debeant; nec possit Magistratus eum, quem semel curatorem dedit, à munere suo removere, minoribusque ob id, quod jam amplius sub cura vivere non lubeat, rerum suarum administrationem restituere, *arg. l. 2. & 3. in pr. eod. tit.* ubi hujusmodi Magistratuum decreta ut ambitiosa Imperatores interpretantur, & improbant: quoniam solius Principis sit ætatis veniam concedere: adi & Franc. de Amaya *lib. 1. obser. jur. cap. 9.* VINN. Quum crucem figat hic paragraphus viris doctissimis: rem exemplo Vinnii nostri à capite arcessemus. Legibus XII. tabularum soli furiosi accipiebant curatores. Nam quamvis vulgo & prodigos addunt ob *l. 13. ff. de cur. furios.* §. 3. *Inst. hoc tit.* & Ulpian. *fragm. tit. 12. §. 1.* vix tamen dubitaverim, quin id intelligendum sit eodem modo, quo & legitima patronorum tutela è XII. tabulis repetitur, *§. un. de leg. patr. tut.* Nam in *l. 1. ff. de cur. furios.* moribus id initio introductum esse scribitur, id est, ut ego interpretor interpretatione prudentum, qui furiosis adsimilabant prodigos, quia & ipsi furiosum rerum suarum faciebant exitum *l. 12. §. 2. ff. de tut. dat. l. 1. pr. ff. de cur. fur.* Quia ergo curatio quodammodo ignominiosa habebatur, ei non suberant adolescentes, nisi ipsi peterent, idque cautum fuerat lege Lætoria. Vulgo equidem existimant, hac lege tantum adolescentibus dementibus & lascivis datos esse curatores; eamque sententiam ipse sequutus sum in *Antiqu. Rom. l. 1. tit. 23. §. 6.* sed sic vix novi quid sanxisset M. Antoninus, quum jam pridem omnes dementes & prodigi curatores ex lege XII. tabularum earumque interpretamentis acceperint. Fefellit ergo plerosque locus Julii Capitolini *in vita Marci*, *c. 10. De Curatoribus verò quum ante non nisi ex lege Lætoria, vel propter lasciviam vel propter dementiam, darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Verùm non dicit Capitolinus, ex lege Lætoria tantùm dementibus & lascivis curatores datos esse, sed ante Antoninum fuisse trium generum curatores, alios ex lege Lætoria datos esse adolescentibus, alios ob lasciviam ex moribus, alios ob dementiam ex legibus XII. tabularum. Addit deinde, quid novi sanxerit Antoninus, nimirum, *ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Ergo ex lege Lætoria curatores accipiebant adolescentes non omnes, sed, qui peterent, & quidem causa probata. Adolescentes ergo non inviti accipiebant: sed petentes. Petendi verò plures esse causæ poterant, quia nemo temerè cum minoribus vellet contrahere, & horum tamen interesset: ut contractus iniretur. Quum verò plerumque curatores peterent si quando contrahere vellent æs alienum: sapienter additum fuerat legi Lætoriæ, curatores iis datum iri *redditis causis.* Procul dubio enim inquisivit prætor, quod negotium explicaturus esset minor, & an expediret illi curatorem dari. Talis fuit lex Lætoria. At aliter Marcus Imp. rationes iniit, qui omnes minores curatores accipere jussit, non redditis causis. Rectè ergo *l. 33. §. 1. ff. de admin. & peric. tut.* dicitur, *officium tutorum, curatoribus constitutis, finem accipere.* Rectè in *l. 1. §. 3. ff. de min. omnes adolescentes in ætatem usque XXV. annorum curatorum auxilio regi*, dicuntur. Ita enim omnino sese res habere cœpit post Marci constitutionem. Quid ergo de verbis Justiniani, qui invitos negat curatores accipere? An cum Rævardo *lib. 1. var. cap. 17.* inscitiæ arguemus Tribonianum, jus ex lege Lætoriæ antiquum pro novo & recepto obtrudentem? Quasi verò verisimile sit, Tribonianum in re dupondiis nota errare potuisse. An cum Vultejo §. *nostrum* de curatore in litem, vel cum Vinnio *l. 1. ff. de min.* de eo qui jam curatorem accepit, interpretabimur? An neutram conciliandi rationem verba admittere videntur? Potius dixerim, etiam post Marci constitutionem non nisi petentes accepisse curatores: eumdem tamen imperatorem voluisse ut omnes acciperent. Prius ex *l. 13. §. ult. ff. de tut. & cur. dat. l. 2. §. penult. & ult. ff. qui pet. tut.* posterius ex Julio Capitolino patet. Invenienda ergo erat ratio, qua adolescentes veluti cogerentur curatores petere. Et id eo modo facile fiebat, quod non prius tutela finita crederetur, quàm quis curatorem petiisset. Quò pertinent *l. 33. §. 1. ff. de admin. & per tut.* & *l. 5. §. 5. ff. eod.* Non ergo obtrudebatur curator invitis; sed dabatur petentibus. Petere autem debebant omnes, quia non prius rerum suarum administrationem accipiebant, quàm petiissent. His ambagibus opus videbatur, quia vulgo curatelæ minorum ignominiosi quid inesse videbatur, *l. 3. C. de integr. rest.* Atqui multi adolescentes, inquis, olim sine curatoribus res suas administrarunt: idque discimus ex *l. 7. §. 2. ff. de min.* & *l. 3. C. de in integr. restit.* Respondeo id ad factum, non ad jus pertinere. Nam & impuberes aliquando negligentia eorum, qui tutores petere tenebantur, sine custodibus erant, uti ex toto titulo, *qui petant tut. vel curat.* colligimus:

mus: nec tamen inde sequitur, ut existimemus, in arbitrio fuisse impuberum, sine tutoribus agere mallent, an custodi subesse. Hæc paulo prolixius, quia vulgo parum accuratè traduntur. Hein.

Præterquam in litem) Sive litem minor intendat, sibe excipiat, *l. 2. C. qui leg. pers. stand. in jud.* Quod ideo comparatum est, ne minoribus agentibus aut judicio conventis adversarius elusorio judicio lædatur, cùm sententia adversus minores indefensos lata nullius momenti sit, *l. contra 54. de re jud.* Idem & in aliis rebus simili æquitatis ratione receptum, veluti si debitor velit aut cogatur minori solvere, *l. 7. §. 2. de min.* si is, qui tutor fuit, rationem administrationis suæ redderet, *l. 7. C. qui pet. tut.*

Ad certam causam) Duplex igitur hic inter tutelam & curam differentia animadvertitur; una est, quòd curator non detur invito, tutor invito detur, *l. 6. de tut. & cur. dat.* altera, quòd curator ad certam causam dari potest, tutor non potest, *§. certæ 4. sup. qui test. tut. dar.* Neutrum autem horum moribus hodiernis observatur, ut alibi ostendimus.

Textus.

De furiosis & prodigis.

3. *Furiosi quoque & prodigi, licèt majores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ Præfectus urbi vel Prætores, & in provinciis Præsides, ex inquisitione eis curatores dare.*

Notæ.

9 *Furiosi quoque*) *L. 1. D. de cur. fur.* Ulp. *tit. 12. §. 1.* Cic. *2. de invent. c. 50. & 3. Tusc. c. 5.*

Prodigi) Quibus dissolutè viventibus bonis interdictum, *l. 6. de verbor. oblig. §. 2. inf. quib. non est permiss. fac. testam.* Ulp. *d. loc.*

Commentarius.

1 Prodigo ne ipso Jure, sive ipso, quòd prodigus est, bonis interdictum intelligi debeat; an verò ad id requiratur sententia Magistratus.

Non uti tutela quædam impuberum legitima est, ita & cura quædam minorum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter spem certam successionis, *l. 1. de legit. tut.* Cura autem magis ob ætatem lege delata est, quia puberes testamentum facere, & præteritis agnatis quem velint sibi hæredem instituere possunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem, vel prodigalitatem, à lege curatores dentur: nimirum quia furiosi & prodigi, qui non magis quàm impuberes testamentum facere possunt, certos habent agnatos, quos ideo & curatores esse lex voluit.

Licèt majores) Eo magis igitur, si minores sunt. Nam lex omnes furiosos & prodigos, solis pupillis exceptis, in curatione agnatorum esse voluit. Cæterum postquam minores omnes ex oratione D. Marci curatores accipere cœperunt, placuit curatorem minori 25. annis furioso, non ut furioso, sed ut adolescenti dari: non propter furorem, sed propter ætatem, *l. 3. §. 1. D. de tutel.* Quem locum non videtur inspexisse D. Bachov. sed principium dumtaxat *d. l. 3.* ex quo contrarium defendere conatur. Ant. Faber. *1. jurispr. 12. pr. 1. illat. 6.* contendit, *d. §. 1.* Triboniani esse, & à juris ratione alienum: nam cùm curator minoris, non personæ sed rebus detur; furiosi contra personæ, interesse furiosi, quasi furioso potius, quàm quasi adolescenti curatorem dari. Bella ratio. Credo, ne alioqui nuptiæ à furioso sine consensu curatoris contractæ ratæ sint; aut ex negotio gesto saltem cum auctoritate curatoris obligetur. Ex professo cum Fabro congreditur eximius Jurisconsultus Franc. Amaya *lib. 1. obs. jur. c. 8.*

Ex lege duodecim tabularum) *L. 1. l. 12. de cur. fur.* Ulp. *t. 12. §. 1.* Verba legis recitat M. Tullius *lib. 2. de invent. c. 50. & 3. Tusc. c. 5.* *Si furiosus existat; agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Unde nonnulli existimant, legem de prodigo nihil nominatim cavisse, sed per interpretationem ita acceptam esse propter successionis emolumentum, quod ut furioso ita & prodigo mortuo, ex lege apud agnatos est, *arg. tit. de leg. patr. tut. supra*, quamquam apud nostros hujusmodi distinctio non reperitur. Prodigum definit Ulp. *d. l. 1.* eum, qui neque modum neque finem impensarum habet, sed bona sua dilacerando & dissipando profundit. Unde vulgo 1
quæri solit; an prodigus intelligendus sit qui facto talis est; an verò decretum Magistratus expectandum? hoc est, an ipso jure & lege 12. tabularum dissolutè & luxuriosè viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an verò tum demum, cùm talis esse sententia Magistratus declaratus est? Dicendum, eum, qui moribus talis est, qualis in *d. l. 1.* describitur, revera quidem & ethicè prodigum esse:

(nam vitia & virtutes non pendent ex cognitione & sententia judicis, sed propriam naturam & formam habent) cæterum quoad rerum suarum administrationem non ante politicè & effectu juris prodigum haberi, quam ea administratio causa cognita decreto Magistratus ei adempta sit; cujusmodi decreti extat vetus formula apud Paul. 3. *sent.* 4. Nimirum bonorum administrationis ademptio sive interdictio non juris est, sed jurisdictionis; hoc est, nemini speciatim bonorum administrationem lex interdicit, ac ne potest quidem interdicere: sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate Magistratûs, quos prodigos esse causa cognita constabit, eumque, cui bonis publicè interdictum est, vult esse in curatione agnatorum, Ulp. *d. t.* §. 1. *fac.* §. 2. *inf. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. *de cur. fur.* qui tamen & lege interdici bonis dicitur, *d. l.* 1. *de cur. fur. l.* 18. *qui test. fac. l.* 5. §. 1. *de acq. hær.* propterea quòd lex id fieri jubet, & quia à lege curatorem & administratorem bonorum accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius 2. *serm.* 3.

—— Interdicto huic omne adimat jus
Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.

Furiosi alia ratio est. Nam cùm furor per se emineat, ut furioso bonis à Magistratu interdicatur, non requiritur: at verò an quis prodigus haberi debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus Magistratum cognoscere & pronuntiare oportet, ne quis temerè in hominem sui juris & liberalem forte magis quàm prodigum potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat. Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus, & cum frugalitate in gratiam reversus, desinit ipso jure esse in curatione, *d. l.* 1. *de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem Magistratus: utique necesse est, ut publicè & apertè de eo constet, uti communiter DD. nostri teste Angelo statuunt. Atque hoc etiam concedo: si quis contraxerit cum manifestè luxurioso, eoque, quem sciebat, pecuniam illico malè consumpturum dici posse, esse quod sibi imputet, *arg. l.* 8. *pro empt.* Vigl. *in* §. 2. *inf. quib. non est perm. test. fac.* Mynf. *hic* Gail. 2. *obs.* 51. Paul. Buf. *ad l.* 6. *de verb. obl.* Ant. Fab. *C. suo de cur. fur. def.* 7. Decher. 2. *diss.* 8. *n.* 8. D. Tuld. *hic c.* 4. *& ad tit. C. de cur. fur.* Christin. *volum.* 1. *dec.* 163. Nostris moribus semper requiritur sententia declaratoria ejusque publicatio, teste Grot. 1. *manud.* 11. add. Jod. Damhoud. *c.* 8. *de tut. & cur. mun. num.* 26.

Sed solent Romæ) *L.* 1. *de cur. fur. l.* 8. §. *ult. de tut. & cur. dat.* Qua tamen in re, quàm minimum potest Magistratus à lege duodecim tabularum recedit: nam aliis administrationem dare non solet, nisi agnati, aut nulli sint, aut minus idonei, *l.* 13. *de cur. fur.* ut non absolutè hæc cura ex legitima facta sit honoraria.

TEXTUS.

De mente captis, surdis, &c.

4. *Sed & mente captis, & surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant, (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.*

COMMENTARIUS.

MEnte captis) Furiosus utique & mente captus, hoc est, demens, sive amens: nam furor definitore Cicerone 3. *Tusc.* est *mentis ad omnia cæcitas.* Plerumque tamen separantur, ut in *l. diem proferre* 27. §. *coram* 5. *de recept. arb. l.* 2. *de inoff. test. l. ult.* §. 1. *C. de adm. tut.* uti & furor & dementia, *l.* 8. *de tut. & cur. dat. l.* 6. *de cur. fur.* mente captus ἄνους, ἀνόητος, furiosus μανιώδης, Cic. *in Pison. cap.* 20. *Ego te non vecordem, non furiosum, non mente captum, non tragico illo Oreste, aut Athamante dementiorem putem?* Hoc autem distare furiosum à mente capto interpp. nostri docent, quod ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculem, Ajacem, Orestem; hic magis in quiete sit, nec ulla fere signa ostendat extrinsecus: quod vitium plerumque naturale & perpetuum est. Furiosorum autem duo sunt genera: nam in quibusdam morbus perpetuus est, & continua mentis abalienatio, in quibusdam remissionem & intervalla habet, *l.* 14. *de off. præs. l.* 12. §. 2. *de judic. leg. si cùm dotem* 22. §. *si maritus* 7. *sol. matrim. leg.* 6. *C. de cur. fur.*

Surdis & mutis) De surdis & mutis est in *l.* 8. §. 3. *de tut. & cur. dat.* generatim de omnibus, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, *l.* 12. *eod. tit.* De cæcis nihil cautum: quippe qui rei suæ familiari, si nihil aliud impediat, satis bene præesse possint.

TEXTUS.

De Pupillis.

5. *Interdum autem & pupilli curatores accipiunt,*

pium, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel à prætore, aut præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutela excusantur, solent curatores dari.

Notæ.

5. *Curator adjungi*) *L.* 10. §. *ult. de excus. l.* 13. *de tut. l.* 2. *C. in quibus causis Tut.* legitimo tutori etiam suspecto, *l.* 9. *de suspect. tut.* alibi tamen tutor appellatur *l.* 12. *de tut. l.* 14. *& seq. de tutor. dat.*

Commentarius.

Habenti tutorem tutor dari non potest*) Regula juris civilis passim in hoc argumento tradita, *l. idem fiet* 27. *de test. tut. l. cum jure* 9. *C. qui pet. tut. l. si sororis* 9. *C. qui dar. tut.* &c. Cujus vera ratio est quæ à Wesembecio redditur, quòd cùm tutor personæ pupilli & universo ejus patrimonio datus intelligatur, §. *datus* 17, *inf. de excus.* hoc jus ei invito, quamdiu tutor manet, sine injuria adimi aut minui non possit, apposito alio tutore. Curator autem rectè adjungitur juvandi & sublevandi tutoris causa, & volenti ac petenti item tutor. Cæterum nullum usum hæc regula hodiernis moribus habet. Grot. *lib.* 1. *introd. c.* 7. & jure Romano non unam patitur exceptionem. Nam primo habenti tutorem tutor dari potest aliarum rerum, *l. propter litem* 21. §. *ult. de excus.* nempe patrimonii pupilli, quod in alia provincia habet, *l. tut.* 39. *patruus* 8. *de adm. tut.* Deinde si tutor furere cœperit, aut mutus vel surdus factus sit; complura senatusconsulta facta esse Cajus auctor est, ut in ejus locum alius tutor detur, *l. pen. de tutel.* Idem denique traditum est, si tutor Reip. causa abesse cœperit, aut ab hostibus receptus sit, aut relegatus, *l.* 12. *& l.* 15. *eod. l.* 1. *& l. pen. C. in quib. cas. tut. hab.* Quod tamen & ipsum in plerisque causis non est perpetuum: nam alibi legimus, ob morbum, aut insaniam tutoris curatorem interim dare, *l.* 10. §. *ult. de excus.* item propter absentiam eorum omnium, qui ad tempus excusantur, *l.* 15. *& l. seq. de tut. & cur. dat.* Existimo prætorem pro qualitate morbi, aut diuturnitate absentiæ modò tutorem, modò curatorem dedisse, veteresque hisce nominibus promiscuè sæpè usos.

Nec tamen fraudulenter) Nam fraudulenter in re pupilli versanti, non curator adjungitur, sed tutela interdicitur, *l.* 6. *C. de susp. tut.* §. *ult. inf. eod.* Hæc autem clausula in legitimo tutore omissa est, cujus existimationi propter necessitudinem parcitur, etiamsi quid forte peccaverit; & curator ei potius adjungi solet, quam ut notata fide à tutela removeatur, *l.* 9. *de susp. tut.*

Sed ad tempus) Quòd Reip. causa absint, *l.* 15. *de tut. dat.* aut ob aliam necessariam aut justam causam, *l.* 16. *eod.* In ejus autem locum, qui in perpetuum excusatur, alius tutor sufficitur, *l.* 11. §. 1. *de test. tut. l.* 1. *C. in quib. caus. tut. hab.*

Textus.

De constituendo actore.

6. *Quòd si tutor vel adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quominus negotia pupilli administrare possit, & pupillus vel absit, vel infans sit; quem velit actorem, periculo ipsius tutoris prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.*

Notæ.

6. *Actorem*) Pomponius adjutorem tutelæ vocat, *l.* 13. §. 1. *de tut.*

Constituet) Id est, decernet editum, & nominatum à Tutore, & ob hanc causam etiam periculo tutoris, *l.* 24. *de administr. tut. & l.* 13. §. 1. *de tut.*

Commentarius.

Non semper ex causis, quas diximus, tutori curator à Magistratu additur: sed solet decreto Prætoris actor constitui periculo tutoris, quotiescumque aut diffusa negotia sunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulat, *l. decreto* 24. *de adm. tut.* quem adjutorem tutelæ appellat Pompon. *l.* 13. §. 1. *de tut.* Curator quoque ex iisdem causis similiter actorem dat, *l. unic. C. de act. à tut. seu cur. dand.*

Vel absit, vel infans sit) Nam si præsens sit & fandi potens; nihil necesse est prætorem adire actoris decreto constituendi causa, cùm pupillus ut dominus auctore tutore procuratorem constituere possit, *d. l. decreto* 24. *de adm. tut. l.* 11. *C. de proc.*

Periculo ipsius tutoris) Quamvis tutor curatoris sibi adjuncti periculum non præstet, actor tamen & adjutor tutelæ periculo tutoris constituitur, licèt decretum interveniat, *d. l.* 13. §. 1. *de tut. d. l. decreto* 24. *de adm. tut.* Hoc ideo, quia is qui nominat, idoneum esse promittere videtur, *arg. leg.* 1. *de mag. conv. l.* 4. §. 3. *de fidei. & nominat.*

TI-

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. *Tit.* 7. *C. Lib.* 5. *Tit.* 57.

Continuatio & Argumentum Tituli, cum summa plerorumque, quæ tutelæ & curæ communia.

HActenus dictum est de tutoribus & curatoribus distinctè, & separatim, expositumque, quæ tutelæ, quæ etiam curæ sunt propria. Quæ nunc sequuntur, satisdatio, excusatio, suspecti accusatio & remotio, promiscua sunt, & utriusque muneris communia. Quamobrem quæ forte de uno genere brebitatis causa dicemus, ea de altero quoque intelligenda sunt. Hic autem titulus, quamvis simplicem inscriptionem, duo tamen capita habet: unum est de satisdatione à tutoribus in præparatione ad officium exigenda, cui respondet titulus in *π˜ rem pup. salv. for.* alterum de Magistratibus in subsidium conveniendis, de quo *tit. π˜ & C. de magn. conv.* Præter satisdationem, & duæ aliæ res sunt, quæ hic omissæ à tutoribus omnibus exiguntur, *l.* 7. *de adm. tut. l. ult. C. arb. tut. l. tutores* 24. *C. de adm. tut.* de quo adi Christ. *vol.* 3. *dec.* 151. *n.*6. *& seq. & dec.* 163. *num.* 7. *& seq.* Grot. 1. *manud.* 9. deinde ut jurent se rem ex fide atque ad utilitatem curæ suæ commissorum gesturos esse, *Nov.* 72. *c. ult. unde auth. quod generaliter, C. de cur. fur.* Ad hæc pro officio administrationis bona tutoris & curatoris pupillo adolescenti tacitè pignori sunt obligata, *l. pro officio* 20. *C. de adm. tut. & ibi* DD. Christin. *d. decis.* 151. Postremò in eo quoque eadem conditio est tutorum & curatorum, quòd bona pupilli minorisve immobilia, atque ex mobilibus quæ servari possunt, alienare eis non licet sine cognitione & decreto judicis, *l. lex quæ* 22. *C. de adm. tut. & ib.* DD. add. Christin. *d. dec.* 151. *cum seqq.*

TEXTUS.

Qui satisdare cogantur.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia à curatoribus tutoribusve consumantur vel diminuantur, curet Prætor, ut & tutores & curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore approbata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur: quia idonei electi sunt.

NOTÆ.

Eo nomine satisdent) Id est pupillum vel adultum datis fidejussoribus securum faciant, *l.* 1. *& pass. D. rem pup. salv. for.* hoc enim est satisdare. Græci ἐγγύας παρέχειν. Prætoriæ stipulationes, qualis hæc est, cautionem pignoratitiam regulariter non admittunt, *l.* 7. *de stip. præt.*

Testamento dati) Uti ex testamento confirmati *l.* 3. *de conf. tut.* paternum testimonium pro satisdatione sufficit, *l.* 7. §. 5. *D. de cur. fur.* neque enim tutor à patre, nisi spectatæ fidei, & diligentiæ eligi solet, *l.*36. *de excus.* Excipe casus *l.* 8. *cum* 2. *seqq. de conf. tut.*

Ex inquisitione) *L.* 4. *C. de tut. qui sat. non ded.* & regula est, ubi locus est inquisitioni, cessat satisdatio, *l.* 8. *de cur. fur. l. ult.* §. 7. *de adm. rer. ad civ. pertin.* fides enim inquisitionis pro vinculo cedit cautionis, ut ait Pap. *l.* 13. *in fin. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando pignora in vicem satisdationis admittantur.*
2 *Plures fidejussores unius tutoris beneficium divisionis non habere. At ex persona plurium tutorum actionem inter fidejussores dividi.*
3 *Nullum esse genus tutorum, in quo non aliqui satisdandi lege soluti.*
4 *Quid circa satisdationem, & nonnulla alia, apud nos observetur.*

E*O nomine satisdent*) Satisdare propriè est, fidejussoribus datis cavere, *l.* 1. *qui satisd. cog.* Atque hoc prætoriæ stipulationes regulariter desiderant *l. prætoriæ* 7. *de præt. stip.* nimirum quia Prætor fere cavere jubet de eo, quod interest, nec certam æstimationem habet, ideo pignora dari noluit; cùm

cùm sciri non possit, quæ & qualia deponenda sint. Sed & pignora multis casibus sunt obnoxia, multa etiam incommoda, & tædiosam
1 habent custodiam; quod notat Castr. ad *d. l. 1. qui satisd. cog.* Quòd si cautio pro re certa aut quantitate præstanda sit, etiam pignora amittit, *l. 1. §. jubet. 9. de collat. l. 2. §. 3. quod legat.* Itaque satisdare tutelæ aut curæ nomine est, stipulanti pupillo vel adolescenti, sive alii, cui de ea re stipulandi jus est, promittere, se pupillum vel adolescentem indemnem præstaturum, datis in eam rem fidejussoribus, qui, quod tutorem ex ea causa præstare oportebit, spondeat: unde hæc cautio dicitur satisdatio de indemnitate pupilli vel adolescentis, & passim satisdatio rem pu-
2 pilli vel adolescentis salvam fore. Si plures fidejussores & tutores dati sunt; singuli in solidum tenentur, & conveniri possunt: neque beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores ex epistola D. Adriani habent, ad fidejussores tutoris pertinet, *l. ult. rem pup. salv.* Cæterum ex persona plurium tutorum inter fidejussores dividitur actio, *l. 6. de fidei. & nomine l. 1. §. & siquidem. 11. de tut. & rat. distr.* pertinet verò hæc stipulatio etiam ad curatores furiosorum & prodigorum, *l. 4. §. ult. rem pup. salv. for.* Et, siquidem tutor fuit, finita demum tutela committitur, atque exinde dies fidejussoribus cedere incipit: in curatore statim atque quæque res salva non esse cœperit, *d. l. 4. §. 4.* Porrò quicquid in judicium tutelæ venit, id etiam hac stipulatione continetur: ac proinde non tantùm damna illata, sed etiam lucra neglecta, *l. 9. d. tit. l. 1. de tut. & rat. distr. l. si tutor 15. de adm. tut.* Vinn. Rectè Vinnius, stipulationem pro tutore committi demum finita tutela. Ita enim disertè Ulp. *l. 4. §. 4. ff. rem pup. salv. fore.* Sed turbare videtur *l. 11. ff. eod.* ubi Neratius: *Cùm rem salvam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si quod ex tutela dari fieri oportet, non præstetur.* Unde quidam ajunt, stipulationem statim committi, tutore non præstante, quod eum facere oportebat, sed agi demum posse, finita tutela. Verùm salva res est. Non agit Neratius de tempore, quo committatur stipulatio, sed de modo, quo committatur, adeoque ea conciliandi ratione non opus uidetur. Hein.

3 *Sed hoc non est perpetuum*) Hoc adeo perpetuum non est, ut exceptiones latius patere videantur, quàm ipsa regula: nullum enim genus tutorum est, in quo non aliqui satisdandi lege soluti sint: testamentarii in universum, *l. testamento 17. de test. tut. l. 3. & 4. C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* Ex legitimis eximuntur patroni, eorumque liberi, *l. 5. §. 1. de leg. tut.* Ex dativis, qui dantur ex inquisitione, *hoc text. & l. pen. C. d. tit.* At cur hos omnes à satisdatione immunes esse placuit contra utilitatem, ut videtur pupillorum? Respondemus, nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum, tantùm ubi illi satis bene prospectum esse creditur, incivile visum est, satisdationem exigi, virisque spectatæ fidei ac diligentiæ hoc onus imponi. Tales autem habendi sunt, qui vel testamento, vel ex inquisitione dantur, ob causas, quas mox exprimit Justinianus. Patrono autem liberisque ejus etsi satisdatio remittitur, id tamen non fit nisi causa cognita, *d. leg. 5. §. 1. de leg. tut.* Parentem autem manumissorem vel maximè hac lege solutum esse convenit.

Tutores testamento dati) Extra quam si facultatum dati à patre tutoris facta sit deminutio, vel morum ante celata aut ignorata emerserit improbitas, vel inimicitiæ cum patre exarserint, *l. 4. de test. tut. l. 8. & 2. seq. de conf. tut.* Tutores quoque, qui non legitimè testamento dati, aut omnimodo, aut ex inquisitione confirmandi sunt, satisdatione non onerantur; cæteri satisdant, *l. 1. §. 2. & aliquot ll. seq. d. tit. §. ult. supr. de tutel. & ibi not.*

Ab ipso testatore approbata) Quippe parentes nemini tutelam liberorum suorum committere solent, nisi ei, cujus benevolentia, fides ac diligentia eis satis cognita perspectaque sit, *l. amicissimus 36. de excus.* ut merito paternum testimonium pro satisdatione sufficere debeat, *l. de creationibus 27. C. de Episc. aud. l. ult. §. 5. C. de cur. fur.*

Quia idonei electi) Quam ob causam fidem inquisitionis pro vinculo cautionis cedere, Papinian. scripsit, *leg. si impuberi 13. in fin. de tut. & cur. dat.* Olim apud nos nemo tutor 4
idoneus sine satisdatione æstimabatur: verùm hodie prudentiæ & religioni eorum, qui rebus pupillaribus præsunt, ea res committitur, qui non solent satisdationem à tutoribus exigere, contenti eorum jurejurando, præsertim si testamento dati sint, quod & passim alibi observatur. Joan. à Sande *lib. 2. tit. 9. defin. 9.* Extat formula jurisjurandi in *stat. tutelar. Rhiinland. art. 22.* Quandoque ab uno ex pluribus tutoribus, cui singulariter administratio conceditur, fidejussores aut pignora, prout res postulat de consilio propinquorum pupilli exiguntur. Qui majoris momenti sunt, non nisi sciente & consentiente Magistratu pupillari tutores facere possunt, nisi is Magistratus te-

testamento exclusus sit: quo tamen casu nihilominus suprema inspectio, re exigente, penes eos est, qui tribunali præsunt, vid. Grot. 1. *manud.* 9. ubi etiam tractat; an tutores, & quinam, mercedem administrationis petere possint? Item, quando tutoribus liceat quæstorem constituere? & quædam alia ad tutoris administrantis & quæstoris constituti officium pertinentia.

Textus.

Quatenus satisdatio de iis, qui satisdare non compelluntur, locum habere possit.

1. *Sed etsi ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint; potest unus offerre satisdationem de indemnitate pupilli vel adolescentis, & contutori suo vel concuratori præferri, ut solus administret: vel ut contutor, aut concurator satis offerens proponatur ei, ut & ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satisdationem à contutore vel concuratore: sed offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori suo, utrum velit satis accipere, an satisdare. Quòd si nemo eorum satis offerat, siquidem adscriptum fuerit à testatore, quis gerat, ille gerere debet: quòd si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto Prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos qui gerere debent, Prætor partes suas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est; id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.*

Notæ.

1. *Potest unus offerre*) Unius ex pluribus tutoribus satisdationi non obnoxiis provocatione fieri potest, ut cæteri satisdationi subjiciantur, aut huic parato satisdare administratio committatur, *l.* 17. & 2. *seq. de test. tut.* cujus instituti rationem pete ex *lege* 3. §. 6. *de admin. tut.*

Si non fuerit adscriptum) Aut adscriptus gerere nolit, *d. l.* 3. §. 7.

Prætor partes suas interponere) Id est causa cognita statuere, quis tutelam geret, *d. l.* 3. §. 7. *l.* 14. §. 1. *D. de solut.* Sorte rem hic dirimi non placet, quia vertitur in præjudicium alterius. Accurs.

Commentarius.

1 *Provocatione unius ex pluribus tutoribus satisdationi non obnoxiis fieri posse, ut cæteri satisdationi subjiciantur.*

2 *Tutelam non tam commodè à pluribus, quàm ab uno administrari: ideoque Prætori curæ esse, ut administratio in unum derivetur, & quis in ea re ordo.*

Hic locus exceptionem quamdam continet eorum, quæ de tutoribus testamento aut ex inquisitione datis satisdatione non onerandis initio dicta sunt: nam etsi directo ab his satisdatio exigi non potest; si tamen 1
plures sint hujusmodi tutores, provocatione unius fieri potest, ut cæteri satisdationi subjiciantur, si huic parato satisdare administrationem committi nolint. Id quod summa ratione à Prætore introductum est. Nam cùm periculum administratione non divisa commune sit omnium tutorum, & quod culpa unius male gestum est, alios quoque oneret, *l.* 6. *in fin. C. arb. tut. l. pen. C. de div. tut.* æquissimum est, ut ei, qui hoc incommodum metuit, soli administratio permittatur satisdationem ad securitatem collegarum offerenti: aut ipsi administrare malint, eadem conditione administrent, collegamque suum, qui satis obtulit, præstita cautione itidem securum reddant. Porro quoniam tutela non tam commodè à pluribus quàm ab uno administrari solet, (quippe plures ad administrationem admissi sæpe dissensione aut æmulatione se invicem impediunt; sæpe etiam, ut ait Aristot. 2. *pol.* 2. mutua præsumptione & fiducia operæ alterius omnes cessant; utique unus facilius & actiones exercet & excipit) curæ Prætori fuit: ut quoad fieri posset, in paucos, vel unum potius; tutela derivaret, quàm ut ea per multos spargeretur, *l.* 13. §. *appares* 6. *de adm. tut.* eleganter D. Tuld. *cap.* 3. & 4. *hic.* Hujus autem rei causa gradus complures Prætor fecit, quorum ordinem & numerum hic demonstrat Justinianus. Primus est, ut ei, qui ex pluribus satisdationi non obnoxiis satisdationem offert, gestio committatur, *l.* 17. *de test. tut.* Proximus: si nemo satis offerat, ut ei committatur, quem testator gerere voluit: cui male primum locum defert Hotom. *d. l.* 3. §. 1. *de adm. tut. l.* 14. §. 1. *de solut.* Tertius; si testator neminem designavit; ut is administret, quem major pars collegarum elegerit, *d. l.* 3. §. *si non* 7. *d. l.* 14. §. 1. Quartus: si collegæ inter se dissentiant, ut tum Prætor partes suas interponat, & causa cognita ipse statuat, quis tutelam gerere debeat, *dd. ll.* Sorte hic rem dirimi non placuit, quia vertitur præjudicium alterius, Gloss.

Gloss. *in verb. partes.* Enim verò hæc ita obtinent, ubi de tutelæ administratione uni aut paucis committenda agitur: nam si omnes gerere velint, aut tutelam inter se dividi vel in partes, vel in regiones, audiendi sunt, ne inviti alienum periculum subire cogantur, *d. l. 3. §. pen. & ult. cum l. seq. de adm. tut.* Idemque est, si omnes parati sunt satisdare, *d. l. 17. de test. tut.* ut tamen maximè idoneum Prætor eligere possit, *l. quod si 18. d. tit.* Porro nec judicio testatoris semper in hac re statur, nec satis offerens semper præfertur ob causas, quas affert Ulpian. *d. l. 3. §. 3. de adm. tut. d. l. 17. §. 1. & 2. de test. tutor.*

Per se non potest petere) Dativus vel testamentarius tutor sive curator à collega suo satispetere non potest: sed offerre ei debet, utrum satis accipere velit, an dare, *leg. 7. rem pup. sal. for.* Scilicet ita: aut satisda, aut satis accipe.

In pluribus ex inquisitione) Ex interpretatione videlicet edicti & oratione DD. fratrum: siquidem verba edicti ad testamentarios tantùm pertinent, *l. si nemo 19. §. 1. de test. tut.* Illud hic prætereundum non est, etiamsi uni administratio decernatur; non idcirco tamen honorarios tutores id est, eos qui non administrant, per omnia immunes esse à periculo tutelæ; sed excussis prius facultatibus ejus, qui gessit; etiam hos conveniri posse; quippe quorum munus sit observare actus tutoris gerentis, rationes inspicere, & male versantem suspectum facere, *d. l. 3. §. 2. de adm. tut.* D. Tuld. *c.* 4.

TEXTUS.

Qui ex administratione tutelæ, vel curationis tenentur.

2. *Sciendum autem est, non solùm tutores vel curatores pupillis, vel adultis, cæterisque personis ex administratione rerum teneri, sed etiam in eos, qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino à tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idoneè passi sunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentum responsis, quàm ex constitutionibus imperialibus etiam in hæredes eorum extenditur.*

NOTÆ.

2. *Subsidiariam actionem*) Qui in subsidium pupilli datur, & adulti, excussis prius administratoribus, eorumque fidejussoribus. Vide, fusius in Commentario infra.

COMMENTARIUS.

1 *Qui & quando præter tutores & curatores pupillis & minoribus teneantur, & quo quisque ordine conveniendus?*

PArs hujus tituli altera, in qua agitur de actione subsidiaria, quæ pupillis vel adultis cæterisque personis tamquam ultimum præsidium datur adversus Magistratus, qui satisdationem exigere debent. Unde apparet, huic actioni locum non esse, ubi testamento vel ex inquisitione dati sint tutores: sed usum ejus esse posse in legitimis tantùm, aut simpliciter datis, quos solos satisdationi obnoxios esse diximus.

Subsidiariam actionem) Quæ ex re ipsa hoc nomen accepit, quia in subsidium pupillis datur, si à tutoribus eorumve fidejussoribus suum consequi nequeant: ut hæc actio ultimum eis sit perfugium, & tamquam sacra anchora, *l. 4. & 5. C. de mag. conu.* Quo res 1
melius intelligatur, sciendum est, primo loco conveniendos esse tutores eorumque hæredes: & si plures sint tutores, eum qui gessit, ejusque successores, *l. tutores 39. §. in eum 11. de adm. tut. l. ult. C. de div. tut.* quòd si is solvendo non sit; hoc cæteros onerare. Si omnes gesserunt, unum eligi posse, & in solidum conveniri, *l. 2. C. d. t. l. 6. arb. tut.* sed electo tum triplici beneficio succurri; divisionis & cedendarum actionum, exemplo fidejussorum, *l. 1. §. & siquidem 11. de tut. & rat. dist. d. l. 2. C. de div. tut.* & insuper utili actione adversus contutores, si quid ex communi gestu non mandatis actionibus præstiterit, *d. l. 1. §. & si forte 13.* Si nemo gesserit & omnes solvendo sint; electioni itidem locum esse eumque, qui convenitur, excipere posse periculi societatem: cæterum ut actiones sibi præstentur, frustra desiderare, *l. si plures 38. de adm. tut.* Quòd si à Magistratu vel testatore in partes seu regiones divisa sit tutelæ administratio; pro parte attributa quemque conveniendum esse, nisi cujus dolus aut culpa arguatur, quòd collegam suspectum non fecerit, aut fecerit quidem, sed collusoriè, aut eversis jam ejus facultatibus, *d. l. 1. C. de div. tut. l. Lucius 46. §. pen. de adm. tut.* Conventione autem tutorum mutuum periculum non finitur: verùm qui administravit, si solvendo sit, ejusque successores primo loco conveniendi, *l. ult. C. d. tit.* Porro & bona tutorum

tum propter res gestas, tum propter non gestis pupillis esse obligata, *l. pro offic.* 20. *C. de adm. tut.* Mynf. Schneid. *hic.* Atque hic pupillo consistendum, si à tutoribus satisdatum non est, quia testamento aut ex inquisitione dati. Si verò tales sint, ut satisdare debuerint, nec exacta sit satisdatio, post tutores statim ad Magistratus venitur, qui officium suum in exigendo neglexerunt; ut *hoc text.* Exacta autem cautione, proxime post tutores hæredesque eorum conveniuntur dati fidejussores, iisque deficientibus hæredes eorum, *l.* 3. *de fidei. & nomin. & hær. tut.* Atque ad extremum excussis omnibus & administratorum & fidejussorum bonis, si solidum pupillus nondum consecutus est; subsidiaria actio est in Magistratus, qui satisdationem acceperunt, *l. Lucius* 46. §. *pen. de adm. tut. l.* 4. *C. de Mag. con.* Nonnumquam tamen prius ad Magistratus venitur quàm ad contutores: si nimirum his nihil imputari posſit, quod vel satis à contutore non exegerint, vel suspectum eum non fecerint, vid. *leg.* 1. §. *usque adeo* 15. *de tut. & rat. dist.* junct. *l.* 14. *de adm. tut. l.* 2. & 3. *de Mag. conv.* add. Vvef. *par. de adm. tut. num.* 5. & *de Mag. conv. per tot.* Christin. *vol.* 3. *dec.* 156. *num.* 9.

Non idoneè pasſi sunt caveri) Quoties vitiose cautum est, non videtur cautum, *l.* 6. *qui satisd. cog.* Atque hic notant, paria esse, utrum quid non fiat, an non debito modo. Sed hoc interest, quòd ubi omnino cautum non est, statim Magistratus conveniri possunt; ubi cautum est, licèt non idoneè, fidejussorum bona prius excutienda sunt, quàm ad Magistratus veniatur.

In hæredes) Non tamen similiter tenentur hæredes Magistratuum, ut ipsi Magistratus. Nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Nam Magistratus quidem in omne periculum succedit; hæres ipsius doli tantùm, & dolo proximæ culpæ succedaneus est, *l.* 4. *de Mag. conv. l.* 2. *C. eod.* Etenim si Magistratus tanta fuit negligentia, ut aut omnem cautionem omittere, aut evidenter cum minus idoneis fidejussoribus contraheret; ipsum hoc casu loco fidejussoris habendum placuit; *l.* 6. *eod.*

TEXTUS.

Si tutor vel curator cavere nolit.

3. *Quibus constitutionibus & illud exprimitur, ut nisi caveant tutores & curatores, pignoribus captis coerceantur.*

COMMENTARIUS.

Pignoribus captis) Pignora ideo dicuntur, quia aliquamdiu, & donec aliquid fiat, retinentur: eaque pars fuisse videtur multæ dictionis. Quod si in contumacia perseverent, removendi à tutela ut suspecti, *leg.* 3. *de susp. tut.*

TEXTUS.

Qui dicta actione non tenentur.

4. *Neque autem Præfectus urbi, neque Prætor, neque præses provinciæ, neque quisquam alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur: sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.*

NOTÆ.

Qui satisdationem exigere) In urbe scriba, in provinciis Duum viri, *l. ult. C. d. tit. l.* 3. §. *ult. D. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *An ipsi etiamsi Magistratus majores cautionem exigere potuerint.*
2 *Moribus hodiernis perexiguum actionis subsidiariæ usum esse.*

Qui tutores dandi jus est) Κατ' ἐξοχὴν, vel jus plenum & liberum, quale item habent Proconsules, cæterique, quibus provinciæ regendæ commissæ, *l.* 1. *de tut. & cur. dat. l.* 1. §. 1. *D. de Mag. conv.* alioqui & Magistratus municipales jus dandi tutores habent, sed circumscriptum, aut pendens ab arbitrio & jussu majorum Magistratuum, *leg.* 3. *d. tit.* junct. §. *sed hoc jure* 4. *sup. de Attil. tut.* Locus hic descriptus ex *l.* 1. §. 1. *de Mag. conv.*

Qui satisdationem exigere solent) Ut Magistratus & defensores civitatum οἱ στρατηγοὶ καὶ ἔκδικοι τῶν πόλεων. Theophil. Item Scriba Præsidis vel Prætoris, *leg. ult. Cod. eodem.* Ait, *exigere solent.* Potuitne ergo & ipse Prætor 1
cautionem exigere? Et potuisse non dubito, *leg.* 2. & 3. *rem pup. salv.* Igitur & Præsides potuerunt. Nusquam tamen reperimus, in eos actionem subsidiariam dari: sed contra, generaliter non dari: fortasſis propter eminentiam dignitatis: eorum vel quia absurdum videtur, eis, qui sine satisdatione tutorem dare poterant, fraudi esse, quòd singulari erga pupillum affectu ducti, quo certiùs ei cautum esset, fidejussores exegerint. In his regionibus actioni

actioni subsidiariæ vix locus est; ut supra quoque monuimus; neque in Germania usum ejus esse testatur Treutl. *vol.* 2. *disp.* 9. *thes.* 7. in Gallia quoque desuetudine abrogata ex Bugnion. *libr.* 1. *de leg. abrog. satyr.* 2. refert Gothofr. *ad rubr. de Mag. conv.* quod miror à Barone adnotatum non esse. Planè si quid dolo malo in satisdatione exigenda Magistratus fecisse convincantur, puta quòd scientes & prudentes fidejussorem minus idoneum admiserint; hoc casu etiamnum eos teneri, tradunt D. Tuld. *ad d. tit. Cod. num.* 5. & Perez *ibid. num.* 4. Christin. *vol.* 3. *decis.* 181. *num.* 4. & 7. Groenevv. *de ll. abrog. hic.* Atque ita judicatum referunt Bugn. *præd. loc. Pap. libr.* 10. *tit.* 4. *artic.* 10.

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. *Tit.* 1. *C. Lib.* 5. *Tit.* 62.

Ratio ordinis, & quadam προθεωρίαι.

Tractationem de excusationibus & suspectis tutoribus in postremum hunc locum rejecit Justinianus, cùm ageret de modis, quibus tutela finitur, §. *ult. sup. quib. mod. tut. fin.* Hoc tit. agit de excusationibus, sequenti & postremo de suspectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiscuum est, atque ex æquo ad tutores & curatores pertinet. Excusare se nihil aliud est, quàm justam causam apud Magistratum allegare ad obtinendam à tutela, sive delata, sive suscepta, immunitatem. Ajo, sive delata, sive suscepta. Nam excusationum usus est & ante & post susceptam administrationem, ut ex sequentibus apparebit. Ajo, justam causam. Nam si excusatio justa atque ad eam rem constituta causa nitatur, non est audienda. Etenim tutela munus publicum est, cujus ea conditio, ut id, nisi justa causa afferatur, neque delatum detrectari, neque susceptum deponi possit, *l.* 3. §. 1. & 4. *l.* 6. *de mun. & hon. l.* 1. & passim *de vac. mun. l.* 1. *de adm. tut.* Causæ excusationum variæ sunt: hic octodecim fere enumerantur, plures in π". & *Cod. hoc tit.* Atque harum omnium quædam certæ sunt & legibus ita definitæ, ut simpliciter sint recipiendæ; cujusmodi sunt numerus liberorum, administratio fisci, absentia Reip. causa, &c. aliæ arbitrariæ: quæ, causa cognita, à Magistratu vel recipi, vel rejici possunt; quales sunt verbi causa paupertas, adversa valetudo, imperitia litterarum.

Textus.

De numero liberorum.

Excusantur autem tutores & curatores variis ex causis: plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque; à tutela vel cura potest excusari, exemplo cæterorum munerum: nam & tutelam & curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt: defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint? Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro Republica ciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

Notæ.

Propter liberos) Ex mod. *l.* 2. §. 2. & *seq. D. h. t. l.* 1. *C qui num. lib.* Vide fusius in comm. inf.

Publicum munus) *L.* 1. §. 4. *l. ult.* §. 1. *D. de mun. & bon. l.* 9. *de his qui sui vel alien. jur.* nempe ratione necessitatis: propriè enim Reipub. munus non est, *l.* 6. §. 15. *D. h. t.* vide Comment.

Adoptivi liberi non prosunt) Olim proderant; quem morem reprehendit P. Scipio apud Gell. 5. *cap.* 19.

Qui in acie amittuntur) *L.* 18. *h. t.* & ita cape Mod. *in l. ult. de vac. mun. in bello amissus.* Gell. 2. *c.* 15. *aut bello amisit*; non per causam belli in obsidione forte; sed in acie, in prælio: Salust. *In eo bello trecenti milites desiderati.* Vide Comm.

Commentarius.

Propter liberos) Romanis studium fuit, ad matrimonia omnibus modis invitare, quód publicè interesse credebant justa sobole repleri civitatem; quam ob causam & pœ-

pœnis cœlibes, & maritos, quòd liberos fuscepiffent, præmiis affecerunt: quod effectum maximè legibus Juliis de maritandis ordinibus, & lege Papia Poppæa, de quibus Cujac. ad *l. 2. hoc tit.* Lipsius *in comm. ad 3. annal. ad verba Taciti, de moderanda Papia Poppæa.* Hotom. *in descriptione legum Rom.* Inter hæc præmia immunitas fuit à muneribus civilibus, *l. 1. pr. l. 2. de vac. mun.* ac proinde etiam à tutela & cura, *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 1. Cod. qui mun. lib.*

Sive emancipati) *L. 2. §. 3. hoc tit. l. 2. §. incolumes 5. de vac. mun.* quippe hæc immunitas non tam propter onus domesticum educationis liberorum conceditur, ut vulgo existimant, quàm ut præmium, & remuneratio πολυπαιδίας. De jure trium liber. vid. Duar. 1. *disp.* 40. VINN. Et multo accuratiorem M. Vertran. Maurum *de jure liberorum.* HEIN.

Tres liberos Romæ, in Italia quatuor, &c.) *L. 1. C. quin lib. se exc.* Hic apparet discrimen aliquod loci adhuc relictum fuisse inter Latinos, provinciales, cæterosque cives, qui urbem incolerent, etiam post constitutionem Antonini, *in l. in orbe 17. de stat. hom.* quamvis omnes ex ea constitutione effecti sint cives Romani, quod & alibi observare licet, *§. per traditionem 40. inf. de rer. div. & inf. de usuc. in pr.* itemque *in pr. quib. al. lic.* Quod autem de Roma hic dicitur, Schol. Th. transfert & ad novam Romam τὴν Κωνσταντινούπολιν, & Thraciam τὴν Θρᾴκην. VINN. Frustra hoc præmium parentum Vinnius refert ad reliquias diversorum jurium civitatis, Latii, & provinciarum. Hic enim non ad diversos status hominum respicitur, sed ad locum, ubi quisque habitaret. Hinc civem in provincias quinque; provincialem Romæ tres liberi excusabant. Simile privilegium pro diverso loco habitationis diversum est in *l. 2. C. Theod. de integr. restit.* Hinc nec *princ. Inst. quib. al. licet*, huc pertinet. Alia enim est Italia, aliud *solum Italicum.* Illa alpibus & utroque mari finitur: hoc, ubicunque coloniæ Italici juris occurrebant, erat. Vid. V. C. Schulting. *Jurispr. Ant. p.* 619. HEIN.

Exemplo cæterorum munerum) Personalium nimirum: nam à patrimonialibus muneribus, quæ rerum & possessionum propriè onera sunt, numerus liberorum non excusat, *l. 2. §. 4. l. 10. & seq. de vac. mun.* neque ab honoribus, muneribusque his cohærentibus, *d. l. 2. §. 1.* nisi major sit, videlicet sexdecim liberorum, *l. 5. §. 2. de jur. imm.* aut minimum XII. *l. si quis 24. C. de decur.* quo tamen loco pro XII. substituendum esse XVI. existimat Cujac.

Publicum munus) Tutela propriè non est munus publicum: neque enim rem publicam, sed privatam pupilli tutor tractat: nec Reipub. peculiariter interest pupillis tutores dari, *l. 2. §. pen. in fin. ad municip.* sed per consequentias & impropriè loquendo: quia ad curam publicam pertinet orbos ac pupillos tueri ac defendere, *l. 2. §. 2. qui pet. tut.* Hinc facile intelligitur, cur Modestinus neget, tutelam esse munus Reipub. *l. 6. §. tutela 15. hoc tit.* At quid si dicamus, ideo tutelam appellari munus publicum, quia cuivis è populo non secus ac cætera munera publicè injungi potest.

Adoptivi liberi non prosunt) Quod & generaliter traditum est, *d. l. 2. §. 2. de vac. mun.* Et ratio est, quia hæc beneficia patribus data sunt, qui numero civium Remp. auxerunt. Meminit Tacitus 15. *annal. cap.* 19. Senatusconsulti facti tempore Neronis, quo cautum erat, *ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodessent.*

In adoptionem dati prosunt) Ex quo manifestè liquet quod paulo ante diximus, hanc immunitatem magis esse beneficium πολυπαιδίας, quàm levamentum oneris domestici.

Nepotes ex filio) Scilicet demortuo, *l. 2. §. non solùm 7. hoc tit.* nam ex filio emancipato nati, avo ideo non prosunt, quia ille ei prodest, & hi patri suo. Quòd si plures sint ex uno filio nepotes, non singula capita constituunt, sed unum universi: patremque omnes simul repræsentant, *d. loc.* quod & in cæteris muneribus obtinet, *l. 3. C. de his qui num. lib.* 10.

Ex filia non prosunt) Non quia in avi materni potestate non sunt: nam nec emancipati, nec in adoptionem dati in potestate patris manent, quos tamen prodesse constat, sed quia duobus prodesse non debent: prosunt autem patri suo aut avo paterno, *l. 2. C. qui n. lib.*

Superstites) *L. 2. §. 4. hoc tit. l. 2. §. incolumes 5. de vac. mun.* quippe hi soli & Reipub. usui, & parentibus oneri sunt. Defuncti non prosunt, præterquam bello amissi, *d. titul.* Quod Ulp. *l. bello 18. hoc tit.* & Justin. *hic* de iis accipi volunt, qui in acie seu in prælio ἐν τῇ συμπλοκῇ amissi sunt, propterea quòd hi pro Repub. cecidisse intelliguntur, & in perpetuum per gloriam vivere. Unde cùm ex statuto secundo genitus in jure primogenituræ præferretur filio primogeniti præmortui: responsum est, hoc locum non habere, si in acie primogenitus occubuisset. Ayala *lib. 3. de jur. bell. c. 7. n. 21.* Qui verò per causam belli in obsidione, præsidiis, castris abripiuntur, huc

non

non pertinent, *d. l. bello* 18. De iis, qui pro patria mortem oppetunt, præclarè M. Tullius *pro Planc. c.* 37. *& Philip.* 9. *cap.* 2. Liv. *lib.* 25. *cap.* 38. Diod. Sic. *lib.* 15. *ἀντὶ θνητοῦ σώματος ἀθάνατον μνῆμα καταλιποῦσι. in Lesbonact. hortat.*

TEXTUS.

De administratione rei fiscalis.

1. Item divus Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, à tutela & cura, quamdiu administrat, excusari posse.

COMMENTARIUS.

IN *semestribus*) Crebra est semestrium D. Marci in libris nostris mentio. Auctor est Suetonius *in Aug. c.* 35. Augustum semestria Senatorum aliquot consilia sibi instituisse cum quibus de negotiis ad frequentem Senatum referendis, ante tractaret. Dio. *lib.* 53. scribit, ex reliquo numero Senatorum quindecim ad hoc sorte lectos esse *ἐς ἑξάμηνον*; quod exemplum Marcus secutus videretur. Vid. Pet. Fab. *in præfat. semestr.*

Res fisci) Vel etiam rem privatam Principis, *l. administrantes* 41. *hoc t.* Huc referuntur & exactores tributorum, *l. exactores* 10. *C. eod.* colonos patrimoniales, *l. ult. C. qui dar. tut.* cæterosque, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, *l. geometræ* 22. §. 1. *l. jurisperitos* 30. *eod.*

TEXTUS.

De absentia Reipublicæ causa.

2. Item qui Reipublicæ causa absunt, à tutela, vel cura excusantur. Sed etsi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde Reipub. causa abesse cœperint; à tutela vel cura excusantur, quatenus Reipub. causa absunt: & interea curator loco eorum datur, qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ; nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum scripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

NOTÆ.

2. Reip. causa absunt) *L.* 1. *C. si tut. reip. caus. l.* 41. *D. h. tit.* Quinam reipub. causa abesse dicantur, disce *ex l.* 32. *l.* 35. *l.* 38. *D. ex quib. caus. maj.* Vide fusius & comment. infra.

Ad novas tutelas vocati) Qui cum Reip. causa abessent, ad novas tutelas vocati sunt, reversi anni vacationem habent: sed munus ante susceptum statim resumi debet, *l.* 10. *pr.* & §. 2. *l.* 45. *D. h. tit. l.* 2. *C. si tut. reip. caus.*

COMMENTARIUS.

REipub. *causa absunt*) *D. l. administrantes* 41. §. 2. *hoc tit.* Reip. causa abesse dicuntur qui publici alicujus muneris vel officii causa, cui præsunt, ab urbe profecti sunt, ut ex Modestino, Paulo, & Ulp. discimus, *l. abesse* 32. *l. qui mittuntur* 35. *l. si cui* 38. *ex quib. ca. maj.* Horum duo sunt peculiaria: nam cùm cæteri, qui propter solum officium aut Magistratum excusantur, susceptam tutelam deponere non possint, §. *seq.* eamque, à qua excusati erant, statim finito officio suscipere cogantur, *arg.* §. *præc. l. geometræ* 22. §. 1. & *d. l. administrantes* 41. *hoc tit.* Utrumque contra est in iis, qui Reip. causa absunt: nam à suscepta, quamdiu Reipub. causa absunt, excusantur: & si interim ad novam tutelam vocati fuerint, reversi anni habent vacationem; *hoc text. l.* 10. *eod.* Ubi Modestinus sic scribit: *οἱ χρείας δημοσίας δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα ἀποδημήσαντες ἐν αὐτῷ ἔχουσιν ἀνάπαυσιν κατὰ τὸ ἐπανελθεῖν.* Ergo absentes municipii causa non videntur hanc anni vacationem habuisse, contra quam sentit Wesemb.

TEXTUS.

De Potestate.

3. Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit: sed susceptam tutelam deserre non possunt.

COMMENTARIUS.

POtestatis vocabulum apud nostros aliquando largè accipitur, ut iis etiam attribuatur, qui cùm Magistratus non sint, notionem tamen aut jurisdictionem aliquam habent, ut in edicto *Quod quisque juris, &c. l.* 1. §. 1. item in *l.* 3. §. *ult. de rec. arb. l.* 3. *in fin. ad leg. Jul. majest.* Sæpe item hæc vox significat publicam illam jubendi ac coercendi auctoritatem, quæ Magistratuum est, sed omnium communis: ut idem sit Magistratus potestas & imperium. Et hoc est quod Paulus scribit, *l. potestatis* 215. *de verb. sign.* potestatis vocabulo imperium in persona Magistratuum significari: ac proinde in hac significatione verum est, etiam minores Magistratus imperium potestatemque habuisse. Nonnumquam etiam

κατ' ἐξοχὴν soli Magistratus majores imperium & potestatem habere dicuntur; minores sine imperio & potestate esse, *l. nec magistratibus* 32. *de injur. l.* 2. *de in jus voc.* Atque in excellentiori hoc significatu verbum potestatis hic accipiendum esse, ex eo perspicuum est, quòd Ædilitas à tutela non excusat, *l. non tantùm* 17. §. *is qui* 4. *hoc tit.* Magistratus tamen civitatum, τοὺς στρατηγοὺς τῶν πόλεων, remissionem à tutela habuisse apertè testatur Modestin. *l.* 6. §. *remittuntur* 16. *eod.* add. Cujac. *ad l.* 4. *in fin. eod.* Ant. Fab. *l. jurispr. hoc tit. pr. hoc tit. pr.* 1. *ill.* 3. Sed vix est, ut id hodie observetur, Bern. Autumn. *coll. jur. ad d. l.* 6. §. 16. Vinn. Quamvis magistratus municipales à tutela excusari posse tradat Modestinus *l.* 6. §. 16. *ff. de excus.* obstare tamen videntur *l.* 3. *ff. qui pet. tut.* & *l.* 23. *pr. de excus.* Ubi idem negari videmus; nisi Modestinum per τοὺς στρατηγοὺς duumviros; Paulum & Ulpianum reliquos minores magistratus municipales intelligere dicas. Sanè & Romæ, cujus instituta fere imitabantur municipia, inter magistratus *majores & minores* distinguebatur, quoties de hoc privilegio erat quæstio *l.* 17. §. 4. *ff. h. t.* Hein.

Susceptam deserere non possunt) Magistratibus, qui ante se miscuerunt administrationi, vacatio à tutelis non conceditur, *d. l. non tantùm* 17. §. *sanè* 5. in quo differunt ab iis, qui Reip. causa abesse coguntur; ut paulo ante dictum.

Textus.

De lite cum pupillo vel adulto.

4. *Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor vel curator habet, excusari non potest, nisi forte de omnibus bonis, vel hæreditate controversia sit.*

Notæ.

4. *Nisi forte de omnibus bonis*) Aut maxima eorum parte, *l.* 20. *l.* 21. *eod.* quo casu etiam utile pupillo nolentem se excusare à tutela removeri, *d. l.* 20. Vide in *Comment.*

Commentarius.

Justa causa excusationis non est, quòd litem aliquam cum pupillo tutor habet: sed si judicio agendum sit, quia tutor in rem suam auctor fieri non potest, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator esse desinit, §. *ult. de auct. tut.* At si de omnibus bonis, plurimave eorum parte, aut de hæreditate lis sit, æquum est excusationem tutoris recipi, *l. si pupillum* 20. & *l. seq. hoc tit.* Immo utile pupillo, etiam nolentem se excusare à tutela removeri, *d. l. si pupillum.* Non tamen in quavis disceptatione hæreditatis simpliciter & sine cognitione causæ recepta fuisse videtur tutoris excusatio, *ar. l. si ut allegas* 16. *C. eod.* Hodie tota hæc quæstio inutilis: nam *Novella Justiniani constitutione* 72. *c.* 1. vetatur quilibet creditor aut debitor pupilli tutor ejus esse. Dixi supra ad *d.* §. *ult. de auct. tut.*

Textus.

De tribus tutelæ & curæ oneribus.

5. *Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quamdiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorum bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.*

Commentarius.

Nemo ita onerandus est alienis negotiis, ut sua ipsius negligere cogatur: adeoque & pupillorum interest, tutorem non nimis multis negotiis implicari. Quamobrem placuit tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permistarum tutelarum & curationum, quartæ tutelæ curationisve excusationem præbere, *l.* 2. §. *ult.* & *l. seq. hoc tit. l. un. C. qui num. tut.* Sufficere item visum est, tria ejusmodi onera esse in una domo; hoc est, unam familiam tria onera tutelarum aut curationum sustinere: ac proinde & tutelarum numerum, quas pater gerit, filio, & quas filius gerit, patri, & quas frater, fratri, qui in ejusdem patris potestate est, ad excusationem prodesse, *l.* 4. §. *ult. eod.* modò tutelæ, quas filii administrant, spectent ad periculum patris, *l.* 5. *eod.*

Non affectatæ) Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, *l. spadonem* 15. §. *est autem* 15. *eod. d. l. un. C. qui nu. tut.* Itaque sive quis lucrum captans ultro se tutelæ obtulit, sive tenuem τὴν χάριν suscepit, ut numerum trium expleret, à quarta non excusabitur, *d.* §. *est autem*, sic enim verba Modestini, ὁ μετρίου γενόμενος ἐπίτροπος, interpretor, μετρίου, scilicet, ὀρφανοῦ, ἢ οὐσίας ut non tutor pauper, quemadmodum Holeander vertit, sed pauperis tutor iis verbis significetur; quam interpretationem & Theophilus juvat: nam Curtius verba Theophili, ἐπίτροπον εὐτελεστάτου, perperam interpretatus est, tu-

te-

telam opulentam, cùm tenuissimam vertere debuerit; quod mirum est D. Gothofredum non animadvertisse.

Quamdiu administrantur) Id enim maximè consideratur in tantum, ut, si aut priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primùm tutor vocatur, excusatio non detur, *l. non tantum* 17. *hoc tit.* Hinc quoque est, quòd in numerum tutelarum non placet cedere, si quis sit fidejussor tutoris, vel si Magistratus municipalis tutorem dedit, licèt periculum eos spectet, & Magistratus in subsidium conveniri possit. Sed nec honorarius tutor periculum in numerum tutelarum imputat, *l. spadonem* 15. §. *si civitatis* 9. *eod.* ad quem tamen quasi pars quædam administrationis pertinet: tenetur enim actus gerentis sollicitè observare, eumque si male versetur, suspectum facere, *l.* 3. §. 2. *de adm. tut.* Enimvero tutor, qui cessat in administratione tutelæ, eam ratione periculi in numerum trium computat, *l. si is qui* 31. *in fin. pr. hoc tit. l. si quis* 60. *de rit. nupt.* nimirum quia qui cessat, principaliter tenetur, & suo nomine, perinde ac si gessisset.

Pro una computetur) Tria onera non ex numero pupillorum aut adolescentum computantur, sed ex diversitate patrimoniorum, rationumque & conficiendarum & reddendarum difficultate: nam si tres sint fratres consortes, hoc est, qui indivisum patrimonium habent, pro una tutela est: si tres dissortes, tres sunt tutelæ, *l.* 3. *d.l. si is qui* 31. §. *ult. hoc tit.* Idemque est & in aliis sive cognatis sive extraneis consortibus aut dissortibus, *d.* §. *ult.* Sed & contra aliquando unius pupilli tutela ob eamdem causam ad excusationem sufficere debet: si nimirum tam diffusa, negotiosa, & molesta sit, ut pro pluribus cedat, *d.* §. *ult.* cujus rei disquisitio fere est in arbitrio Prætoris tutelaris; ut ex eodem loco intelligitur, & hic notat Bachov. add. Cujac. ad *l.* 2. *eod.*

TEXTUS.

De paupertate.

6. Sed & propter paupertatem excusationem tribui, tam divi Fratres, quàm per se Divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto posse docere.

COMMENTARIUS.

DEsumptus hic locus est *l.* 7. & *l. post susceptam* 40. §. 1. *hoc tit.* Est autem hæc excusatio ex iis quoque, quarum receptio aut repudiatio pendet à Magistratu, cujus de ea re cognitio est. Nam qui hac excusatione utitur, docere debet, se imparem esse oneri injuncto, hoc est, tam tenuis & nullius fortunæ, ut vix sibi quærere possit vitæ necessaria: quod judicem æstimare oportet, Myn. Schneid. Vvesemb. *hic.*

TEXTUS.

De adversa valetudine.

7. Item propter adversam valetudinem, propter quam ne suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.

COMMENTARIUS.

ET hæc causa ex earum genere est, quæ cognitionem Magistratus desiderant: neque enim quæcumque valetudo excusat, sed ea, quæ impedimento est, quominus quis suis rebus superesse possit, *l.* 10. *in fin. l. pen.* §. *ult. hoc tit. l. un. C. qui morb.*

TEXTUS.

De imperitia litterarum.

8. Similiter eos, qui litteras nesciunt, esse excusandos, Divus Pius rescripsit: quamvis & imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.

COMMENTARIUS.

LItteras pro παιδεία aut humanitate sæpe accipi notum est. Propriè tamen litteræ elementa significant, *l.* 11. §. 3. *de instit. act. l.* 6. §. *ult. de bon. poss. l.* 1. §. *sed cæterarum* 7. *de var. & ext. cogn.* Cic. pro Sylla c. 16. *Litteræ posteritatis causa repertæ sunt.* Hinc nescire litteras dicuntur qui ne elementarii quidem sunt, hoc est, qui nec legere nec scribere didicerunt, *l.* 3. §. 2. *de accus. l. hac consultissima* 21. *l. nostram* 30. *C. de testam.* ut & è contrario scire litteras, qui scribere sciunt, *l. pater* 93. §. 1. *de acq. hær. l. discretis* 10. *C. qui test. fac.* Suet. *in Claud. cap.* 10. idque ex usu etiam aliorum auctorum, ut multis docet Duar. 1. *disput.* 3. & vel unum illud Neronis apothegma ostendit, *Velim nescire litteras*; de quo Senec. 2. *de Clem. c.* 1. Eamdemque loquendi formam etiam Græcis familiarem fuisse, argumento est vetus illud proverbium, quo Plato usus est 3. *de legib.* μήτε νεῖν μήτε γράμ-

γραμματα ειδέναι. Nec dubito, quin Just. *hic* & Paul. *l. 6. §. ult. eod.* eodem modo hac locutione utantur, ut nescire litteras iis sit, neque legere scire, neque pingere; & imperiti litterarum Justiniano ἀγράμματοι, Modestino in *d.* §. idem quod *αι* αλφάβητοι. Nam dicere se studiis litterarum imbutum non esse, & ἀπαιδευσίας hic causari, sanè quàm ineptum est.

Quamvis & imperiti litterarum) Axioma discretum, quamvis imperiti litterarum non sint negotiorum expertes; tamen à tutela sunt excusandi. Cui per connexum contradicere videtur Paul. *d. l. 6. §. ult.* Si imperiti litterarum non sint negotiorum expertes, à tutela non sunt excusandi. Sunt qui particulam *quamvis* hoc loco notam esse volunt exceptionis, contra perpetuum & certum Latini sermonis usum. Alii nescire litteras, Paulo esse, non didicisse humaniores litteras, in studiis litterarum non esse versatum, quasi litterarum, hoc est politiores humanitatis expertes ad tutelam administrandam minus idonei videri debeant. Fabulæ. Puto etiam litterarum ignorantiam ad classem earum excusationum referendam esse, quæ arbitrio Magistratus nunc admittantur, nunc rejiciunt. Itaque quod Just. ait, imperitos litterarum esse excusandos; non ita accipi velim, quasi simpliciter & semper excusari debeant, sed causa cognita, si forte tutela diffusior atque negotiosior, ut propter rationum conficiendarum difficultatum ab imperito litterarum commodè administrari non possit, quamvis is ad res alias gerendas sit idoneus: nam ut memoriæ omnia credat, ab eo exigi non oportet; nec satis tutum, vicaria aliorum opera in commentariis, & ephemeridibus conscribendis uti. Quòd si tutela non sit magni patrimonii εὐτελής, aut aliàs satis expedita, cui gerendæ sufficiat quivis non hebeti ingenio, neque expers negotiorum; nulla ratio est, cur quis ob solam imperitiam litterarum ab ea excusetur. Atque ita Paulum tempera in *d. l. 6. §. ult.*

TEXTUS.
De inimicitia Patris.

9. *Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit; hoc ipsum præstat ei excusationem; sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.*

COMMENTARIUS.

PRopter *inimicitias*) Quo molestiam exhibeat inimico, ἵνα ὑπατολλῇ ἰσχῇ και πραγμασι; *ut subjiciatur litibus & negotiis, d. l. 6. §.* δίδωσι. 17. Nam si testator bona mente eum tutorem dedit, cui inimicus antea, infesusque fuit; hoc ipso videtur facta gratiæ reconciliatio. Dicam plura *inf.* §. 11.

Non excusantur) Qui patri pupillorum tutorem se futurum promisit, nulla excusatione gaudet, quamvis aliàs excusare se jure possit, quasi excusationibus renuntiasse videatur, qui ita fidem suam obligavit, *l. spadonem 15. §. 1. hoc tit. l. ex sententia 29. de test. tut.* VINN. Sunt, qui inde novum fingunt tutelæ *pactitiæ* genus. Sed frustra. Ejusmodi enim tutor verè est testamentarius, quamvis promissio occasionem patri dederit, hunc tutorem dandi, & ita etiam intelligenda *l. 29. fin. ff. de test. tut.* In Germania tamen & illustria & privata exstant tutelæ pactitiæ exempla; de quibus B. Strykius *in Usu ff. lib. 26. tit. 1. §. 14.* & collega conjunctissimus olim Petr. à Ludevvig. in *Disser. jur. Rom. & Germ. in tutel. differ. 4.* HEIN.

TEXTUS.
De ignorantia Testatoris.

10. *Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quòd ignotus patri pupillorum sit, Divi fratres rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

IGnotus *patri*) *D. l. spadonem 15. §. qui dixerit 14.* Excipiunt DD. post Glossam hic, nisi quis dicat, se ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam vocatus est, *l. ult. §. ult. eod.* Sed hoc genus est excusationis omnium commune.

Divi fratres) Marcus Antonius Philosophus, & Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Adriani nepotes, qui primi duo Augusti appellati, & fastis consularibus sic inscripti sunt; auctore Spartiano in *Ælio vero, c. 1.* Appellantur & fratres Imperatores, *l. fratres 33. de pæn. l. si adulterium 38. §. fratres 4. ad leg. Jul. de adult.* vid. Ant. Augustin. *lib. sign. de excus. ad §.* ὅτι ἀπολυὖται. 18. *l. 6. hoc tit.* & Cujac. ibid. Obiter addo, Divos à Jurisconsultis appellari Imperatores, quia post obitum in Deos relati erant ea ἀποθεώσεως solemnitate, quam scribit Herodian. *lib. 3.* postquam & templa iis constitui, ac sacerdotes & sodales creari, & ludi fieri, omnesque divini honores decerni solebant; ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliisque id genus auctoribus discimus.

TEX-

TEXTUS.

De inimicitiis cum patre pupilli vel adulti.

11. *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenerit, à tutela vel cura solent excusare.*

NOTÆ.

11. *Cum patre pupillorum*) *D. l. 6. §. 17.* Paul. 2. *sent.* 27. Idem est, si cum pupillis vel adultis, *l. 3. §. 12. D. de sup. tut.* ubi Ulp. ait, etiam ob hanc causam removeri.

COMMENTARIUS.

1 *An homini Christiano conveniat ad excusationem tutelæ obtendere inimicitias.*

NUnc de inimicitiis paulo pluribus & distinctius agamus. Ait, *inimicitias capitales, quas quis cum patre pupillorum exercuit, nisi intervenerit reconciliatio*, solere excusare. Inimicitias capitales intelligo quascumque graviores, quæ vel vitam, vel libertatem, vel existimationem petunt, *arg. l. licet capitales* 103. *de verb. sign.* Sunt qui existimant, hujusmodi excusationem, minus convenire homini Christiano: neque enim rectè videri tutorem dicturum, non debere se cogi bene facere homini inimico & de se male merito, aut liberis ejus; quæ sententia ethnicis fortassis conveniat, aut veteribus illis, quorum meminit Christus *Matth. c. 5.* qui legem Domini sic accipiebant, *Diliges proximum tuum, & odio habebis inimicum tuum.* Christianis & piis non convenit. Et sanè ita est, nisi ratio afferatur, cur inimicitiæ excusare debeant: qualis hic occurrit, videlicet, ut liceat sinistram suspicionem hoc obtentu vitare, & antevenire remotionem. Ait, *cum patre pupillorum.* Idem est si pupillis ipsis vel adultis inimicus sit, *l. 3. §. si tutor. 12. de sup. tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenerit.* Reconciliatio aut apertè intervenit, ut si post ortas inimicitias in gratiam redierint, aut tacitè, si eum, cui pater justè infensus antea erat, postea testamento suo tutorem scripserit: nam si hoc bono animo fecerit, non ut litibus eum implicaret, injuriam ei hoc ipso remisisse videtur, *l. 6. §. dat remissionem* 17. *hoc tit.* Planè si ipse pater causam inimicitiis dedit: puta quòd eum, quem tutorem dedit, aliquando capitis accusaverit, aut insigni contumelia affecerit, ad excludendam excusationem necessaria est aperta reconciliatio, *arg. §. seq.* Nam illius est remittere injuriam, cui illata est. Ait, *solent excusare*; & merito: nisi enim hujusmodi tutores & curatores ultro se excusent, inviti removentur, *d. l. 3. §. si tutor.* 12. *de sup. tut.*

TEXTUS.

De status controversia à Patre pupilli illata.

12. *Item is, qui status controversiam à pupillorum patre passus est, excusatur à tutela.*

COMMENTARIUS.

SI tutor status controversiam à patre pupilli passus sit, id est, si eum pater in servitutem petierit, hoc par interdum, ac si capitis accusasset, *l. 14. ff. de bon. libert.* & hic tutor omnimodo excusandus, etiamsi pater eum postea testamento tutorem dederit, ut jam diximus. Is etiam excusatur à tutela, qui talem controversiam movet pupillo serio & bona fide, non dedita opera ne tutelam subeat, & calumniæ causa, quod ex rescripto Marci & Veri (ita legendum esse textus Græcus ostendit) pròponitur in *l. 6. §. amplius* 18. *hoc titulo.* VINN. Sed non solùm ad statum libertatis restringendus videtur hic §. verùm etiam si quis alterum civem, vel filiumfamilias negasset, huic tutela liberorum actoris obtrudi haud potuisse videtur. HEIN.

TEXTUS.

De ætate.

13. *Item major septuaginta annis à tutela & cura se potest excusare. Minores autem viginti-quinque annis olim quidem excusabantur: nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam, vel curam adspirare: adeo ut nec excusatione opus sit. Qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: quum sit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.*

COMMENTARIUS.

1 *Duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadversus.*

SEnes æquè ac Magistratus veteres reveriti sunt, *leg. 5. de jur. immun.* quæ reverentia consistebat in assurgendo, in loco dando, ac

ac cedendo, domo deducendo, ac reducendo. Juvenalis *satyr.* 13. *v.* 54.

Credebant hoc grande nefas & morte piandum,
Si juvenis vetulo non assurrexerat.

add. Valer. *l.* 2. *c.* 1. Cic. 1. *off. c.* 34. Gell. *lib.* 2. *c.* 15. Fuit etiam venerabilis senectus excusatione honorum & vacatione munerum personalium. Ab honoribus excusabant anni 60. in urbe. Senec. *de brev. vit. c.* 20. *Lex à quinquagesimo anno militem non cogit; à sexagesimo senatorem non citat.* Idem tamen 2. *Controv.* 65. annos exigit. A decurionatu excusabant anni 55. *l. non tantùm* 11. *de decur.* à tutelis cæterisque muneribus personalibus anni 70. *l.* 3. *de jur. immun. l.* 2. *hoc tit. l. un. C. qui ætat.* In *l. ult. C. qui ætat. vel profess. l.* 10. pro LV. legendum LXX. ut contextus ostendit, & monet Cujac. Cæterum hæc ita procedebant, nisi aliter consuetudo vel lex municipalis definiret, *d. l. non tantùm* 11. *l.* 2. *de vac. mun.*

Major septuaginta annis) In immunitatibus cœptus annus pro completo non habetur; quamobrem ad vacationem tutelæ non sufficit ingressum esse, aut agere annum septuagesimum, sed egressum esse oportet, *leg.* 2. *hoc tit. l.* 3. *de jur. immun.*

Minores olim quidem excusabantur) Hic locus & constitutio Justiniani *in l. ult. C. de leg. tut.* multis imposuit. Constat minorem 25. annis testamento tutorem rectè dari: sed ita datum perinde haberi, ac si sub conditione aut ex die datus esset, cùm major 25. annis factus fuerit: ut interim nec tutelam administret, nec ullo effectu pro tutore habeatur, §. 2. *sup. qui test. tut. l. quæro* 32. *in fin. de test. tut.* sed alius tutor, aut curator interim à Magistratu datur, qui tutor, aut curator esse desinit, existente conditione, hoc est, post legitimam tutoris testamento dati ætatem, *l.* 10. §. *pen. h. t.* §. 1. *sup. de Attil. tut.* Legitimos tutores nemo dat, sed lex eos facit tutores, *l.* 5. *de leg tut.* Atque uti quisque proximus est agnatus; ita ipso jure ex lege tutor est: quamvis potestas administrandi demum post perfectam ætatem ei deferatur, *l.* 16. §. 1. *de tut. l.* 4. *l.* 8. *de leg. tut.* Quare si agnatus pupilli proximus minor erit 25. annis, jure agnationis & successionis ex lege tutor est: sed quia jus administrandæ tutelæ ante justam ætatem non habet; curator interim ad hoc à Magistratu dabitur, §. *ult. sup. de curat. d. l.* 10. §. *pen.* Qui locus simul confirmat quod dixi, eum ipso jure pro tutore esse; alioqui non à Magistratu alius interim daretur, sed insequentis gradus agnati protinus in tutelæ administratione succederent, *arg. l.* 3. §. *pen. de leg. tut.* Revise quæ scripsi ad §. *ult. sup. de cap. dem.* A Magistratu tutor sub conditione aut ex die dari non potuit, *l.* 6. §. 1. *de tut.* Ergo nec minor 25. annis: quippe cui dationi insit dies aut conditio, cùm major erit, §. 2. *sup. qui test. tut. l.* 10. §. *pen. & ult. de test. tut.* Quapropter si tota datio non consistit, nec ἐκ τῶ μέταπι pro tutore ullo effectu habebitur, ac ne quidem post ἀκμὴν tutor erit: ideoque consulto de testamentario & legitimo dumtaxat Modestinum *d. l.* 10. §. *pen. de excus.* locutum esse existimandum est. Nunc videamus, quid hic novi constituerit Justinianus. Ait minores 25. annis olim quidem excusatos fuisse: se autem de constitutione sua cavisse, ne omnino minor aut detur tutor, aut ad legitimam tutelam vocetur, *d. l. ult. C. de leg. tut.* De legitimis & dativis loquitur constitutio: liberam patris voluntatem testamento de tutela caventis non coarctat. In ea autem constitutione atque hoc loco duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadvertitur. Unus est, quòd putaverit jure veteri periculo minoris, cui legitima tutela delata erat, curatorem interim datum tutelam administrasse, ut patet ex ratione, quæ affertur in pr. constitutionis: alter, quòd minorem à Magistratu tutorem dari posse crediderit, sed excusandum fuisse; quasi vel omissa excusatione ipse minor tutelam gerere potuerit, aut alius simul à Magistratu dandus fuerit, qui interim periculo minoris gereret. Quæ omnia tam absurda & à ratione juris veteris aliena sunt, ut mirum sit, Cujacium, Hotom. Wesemb. ipsumque adeo custodem Triboniani Ant. Fabrum hic dormitasse. Quòd si quid novi hic constitutum videri possit; erit illud unum, quod Bachovius existimat, ut jam non amplius agnato proximo, si minor sit, tutela legitima ullo modo deferatur; sed ea ætate insuper habita, soli ex agnatis proximis tutores fiant, qui sunt perfectæ ætatis; at si proximi omnes minores sint, ut sequentes vocentur quo olim exclusos fuisse, ac ne durante quidem ἀφηλικία proximi ad administrationem tutelæ admissos jam ostendimus. VINN. Ego verò non ausim Justinianum tam supinæ ignorantiæ arguere. Certissimum est, veteres non solùm minores, sed & impuberes admisisse non solùm ad tutelam testamentariam, verùm etiam legitimam. Clarissimè id liquet ex Ulpian. *tit.* 11. §. 20. & 22. quamvis interea dum adolescerent, prætor alium tutorem daret, nisi se excusaret. Impubem à magistratu dari non potuisse facile concesserim: at de minore vix dubito, quum sumpta toga virili pubere ad officia virilia admit-

mitti solerent. Postquam verò hæc mutavit Justinianus, leges antiquiores Tribonianus juri novo more suo accommodavit, veluti *l. 16. §. 1. ff. de tut. l. 4. l. 8. ff. de legit. tut. l. 1. ff. de fidejuss. & nominat.* idque & Cujacius ad *tit. Inst. de fiduc. tut.* & V. C. Ant. Schulting. *Jurispr. Antejustin.* p. 601. fatentur. Aliis argumentis Tribonianum contra Vinnium defendit B. Huber. *Digress.* 1. 3. *cap.* 24. HEIN.

Nec pupillus) Si verum est quod diximus, agnatum proximum, quamdiu minor est, tutelam gerere non posse, ineptè atque inutiliter videtur quæri, an pupillus ad legitimam tutelam pupilli sit vocandus. Nam & si fingamus, alterum infantem esse, alterum pubertati proximum, exiguum tamen tempus superfuturum est administrationi. Et *l.* 10. §. *pen. h. t.* non de impubere quæritur, sed de adolescente, sive minore 25. annis: nam ἀφῆλιξ, qui & ἀνῆλιξ, Græcis non est ἄνηβος, sed νέος, hoc est, Adolescens, τὴν ἥβην μετὰ ὑπερβὰς ἐλάττων δὲ τῶν εἴκοσι πέντε ἐνι αὐτῶν, ut passim apud Theoph. & Harmenop.

Quum incivile sit) Hæc ratio nihil aliud efficere videtur, quàm ut ne minori tutelæ administratio permittatur. Atqui nec jure veteri ea minori permissa fuit. Sed ut dixi, falso credidit Justinianus, periculo minoris interim tutelam ab alio administrari solitam: nam ideo se jus vetus mutasse scribit, ut cuiquè immineat pro sua tantummodo administratione periculum, ne alieno onere alius prægravetur. Itaque tutelam vel curam subire hoc loco dixisse existimari potest, pro eo, nempe periculum tutelæ ab alio administrandæ, sustinere.

TEXTUS.

De Militia.

14. *Idem & in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.*

COMMENTARIUS.

Milites armatæ militiæ ad instar minorum, ne volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, *l. 4. C. qui dar. tut. l. 8. C. de legat.* ne videlicet propter privata negotia à numeris & signis avocentur: quam ob causam nec procuratores esse possunt, *l. 8. §. 2. de procur.* nec aliena prædia conducere, *l. milites* 31. *C. de loc. & cond.* Quatenus veterani, hoc est, qui militia honestè dimissi & sacramento soluti sunt, vacationem tutelarum habeant, copiosè disputatur, *l. 8. §. 2. seqq. hoc tit.*

TEXTUS.

De Grammaticis, Rhetoribus, & Medicis.

15. *Item Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, à tutela & cura habent vacationem.*

COMMENTARIUS.

Studiorum liberalium professores, Grammatici, Sophistæ, Rhetores, qui publicè juventuti prosunt: item Medici, quemadmodum à reliquis muneribus, ita & à tutela & cura vacationem habent, *l. 6. §. 1. hoc tit. & tit. C. de profess. & med. lib.* 10. Habent & Philosophi, *d. l. 6. §. 5.* Musicos, quamvis eorum ars ingenua sit & liberalis, non habere tradit Cujac. *in d. l. 6. §. 1.* allegans *l. 4. C. de excus. mun. lib.* 10. quo loco pro *Hydraulæ* videtur legisse *Musici*. Nec poetæ habent, *l. 3. C. de profess. & med.* licèt divini spiritus mereantur. Legum quoque Doctores non habent, exceptis iis, qui Romæ docent, *d. l. 6. §. legum* 12. Cæterum ex Constitutione Constantini omnes habent, *l. 6. C. de profess. & med.*

Qui in patria sua) Professores & Medici ita demum hac immunitate gaudent, si in patria sua doceant, aut medeantur, non in aliena. Est autem duplex patria: una propria sive originalis: altera communis, quæ est Roma, *l. Roma* 33. *ad municip.* Quamobrem qui Romæ docent, etiamsi Romani non sint, immunitatem habent, *l. 9. de vac. mun.* sive salariati sint, sive non sint, *l. 6. §. Romæ* 11. *hoc tit.* Atque hæc ex tribus una est conditio ad obtinendam immunitatem necessaria, *d. l. 6. §. amplius 9.*

Intra numerum sunt) Conditio altera, non aliter enim hac immunitate fruuntur magistri studiorum, quàm si probati decreto ordinis & numero constituto adscripti sint, *d. l. 6. §. 4. l. 5. 7. & 8. C. de profess.* Certus enim numerus eorum, qui vacationem haberent, in unaquaque civitate lege definitus erat, *d. l. 6. §. 2.* præterquam philosophorum, διὰ τὸ σπανίους εἶναι τοὺς φιλοσοφοῦντας, *d. l. 6. §. de philosophis*, quem numerum excedere non licebat, *d. l. 6. §. 3.* nisi quis propter excellentiam præstantiamque doctrinæ, ὁ ἄγαν ἐπισήμως, immunitate supra numerum donaretur, *d. l. 6. §. valde* 10. Est & tertia conditio hic omissa, ut bene & sedulo suo munere fun-

gantur: seque adolescentibus utiles præbeant: alioqui denuo ab ordine reprobari possunt, *d. l. 6. §. 6. leg. 2. l. 8. C. de profess. l. 11. §. 3. de mun. & hon.* Colligunt hinc DD. studiosos, qui graviter litteris non incumbunt, etiamsi in catalogum relati sint, privilegiis scholarum gaudere non oportere; cessante scilicet ratione inductiva privilegiorum, secundùm Aldobrand. *n. 19.* Schneid. *n. 6. hic*, quamquam vix est, ut hoc obtineat: consule Wames. *cent. 1. cons.* 40. Christin. *vol. 5. decis. 36. & 49. n. 14. & seqq.* Add. Gronevv. *de ll. abrogat. ad l. 6. Vand. h. t.* ubi & de usu hodierno.

TEXTUS.

De tempore & modo proponendi excusationes.

16. *Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes, & de quibusdam non probaverit; aliis uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant; sed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverint se tutores vel curatores datos, se excusare debent, cujuscumque generis sint, id est qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sint ab eo loco; ubi tutores dati sunt. Si verò ultra centesimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum; qui tamen, ut Scævola dicebat, sic debent computari, ne minus sint quàm quinquaginta dies.*

NOTÆ.

16. *Qualitercumque dati*) Sive à Magistratu, sive testamento, sive lege; nam & legitimos tutores se excusare posse constat, *l. 3. §. 8. D. de leg. tut. l. 1. C. eod. l. 9. C. qui dari tut.* & prius dixerat, cujuscumque generis.

COMMENTARIUS.

1 *Virum post constitutionem D. Marci adhuc immediatè à dilatione tutelæ appellari potuerit?*
2 *Ex quo tempore 50. dies, excusationi allegandæ constituti, currere incipiant?*
3 *An causa excusationis per procuratorem agi possit?*
4 *Etiam tutores legitimos excusari.*
5 *Proponendæ & disceptandæ excusationis quæ forma apud nos observetur.*

Aliis uti non prohibetur) Ex Marciano *l. propter litem 21. §. 1. eodem.* Est enim excusatio species quædam exceptionis: nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, *l. 8. de exc. l. nemo 43. de reg. jur.* Sed an qui plures excusationes habet, eas omnes simul proponere & contestari debeat, quæritur, & putat Gloss. hoc necesse non esse. Sed verius est, omnes initio contestari oportere, ne alioqui tutor negotii trahendi causas novas postea excogitet: & est textus *in l. scire oportet 13. §. scire autem 8. hoc titulo.* Omnibus autem propositis, vel unam probare sufficit ad victoriam.

Non appellant) Hoc enim D. Marcus effecit. Nam cùm antea non minus à delatione tutelæ quàm alterius muneris appellaretur, 1
Marcus Antoninus tutelam à cæteris muneribus ita secrevit, ut tutor datus non amplius rectà à datione provocaret; sed si quas se habere putaret justas excusationis causas, eas intra præstituta tempora proponeret, quas si judex rejecisset, tum demum licentiam appellandi haberet: qui verò ad alia munera vocarentur, illi non aliter quàm olim, hoc est, quàm appellatione interposita, allegare possint causas immunitatis suæ, *l. 1. §. 1. & 2. quand. appell.* Igitur si qui sunt loci, in quibus tutores dati provocasse proponuntur, ut in *l. 4. hoc tit. l. tutor. 39. §. tutor. 6. de adm. tut. l. 2. & pen. de tut. & cur. dat. l. 17. §. 1. de appell.* illi non sic acipiendi sunt, quasi ab ipsa creatione ἀμέσως appellassent, sed à rejectione excusationis intra præstitutum tempus allegatæ. Neque obstat quod Modestinus scribit in *l. 16. hoc tit.* tutores etiam citra appellationem se excusare posse: aut quod idem Modest. *l. 13. eod.* & Impp. *l. tutores 18. C. eod.* tutores datos non necesse habere appellationem interponere, quasi, si velint, adhuc provocare possint. Nam hujusmodi collectiones ut semper necessariæ non sunt, ita hæc minimè hoc loco admittenda. Tutores necesse non habent appellare: ergo, si velint, possunt. Necesse enim non habent, ut olim ante constitutionem D. Marci: nunc ne possunt quidem, & frustra ante propositam & repulsam excusationis causam appellant, *d. l. 1. §. 1. quand. app.* Qui locus tam clarus est, distinguens hac in parte tutelam ab aliis muneribus publicis, ad quæ vocatus contra privilegium illico appellat, ut ex eo alii loci omnes sint declarandi. Atque hoc jure utimur, D. Tulden. *hic l. 11. & ad tit. C. eod.* Christin. *vol. 3. decis. 171. n. 12.* Perez. *in Cod. hoc tit. nu. 16.* Grot. *1. manud. c. 7.* Est verò hoc argumentum, nihil hic tutorum causa constitutum esse. Convenientius fortasse visum est, atque æquius, ut qui tutorem dedissent, ipsi prius de causa excusatio-

tionis summatim cognoscerent, eamque vel acciperent, vel repudiarent: cùm nihil eorum intersit, tutor ne ille sit, an alius, quàm ut statim quasi rejecta causa excusationis, quam nunquam audiverunt, superior provocaretur. In tutoribus testamentariis & legitimis etiam hoc absurdum videtur. At in delatione alius muneris; puta si ab ordine aut duumviris aliquis decurio aut Scriba nominatus sit, quia eorum qui nominaverunt, interest nominatum munus delatum suscipere; ipsi quodammodo pars sunt, & in sua causa judices constituerentur, si excusationes apud eos allegandæ & probandæ forent; quod hic notat Jo. Fab.

Intra quinquaginta dies continuos) Proponendæ & contestandæ excusationi 50. dies continui constituti sunt, *l.* 13. §. 1. *& seqq. hoc tit.* peragendo negotio continui quatuor menses, *l. quinquaginta* 38. *eod.* Dicuntur dies continui, qui continuo, id est, συνεχῶς, continenter, & sine interruptione nullisque exemptis currunt; ad discrimen utilium, è quibus subducuntur omnes dies quibus experiundi juris sui potestas non est, *l.* 2. *de div. & temp. præs.* de quo fortassis alibi plura.

2 *Ex quo cognoverint*) Quinquaginta dies excusationibus profitendis constituti tutoribus & curatoribus non cedunt, ex quo dati sunt, sed ex quo cognoverint se tutores aut curatores datos esse, *d. leg.* 13. §. *quinquaginta* 9. *leg.* 6. *C. eod. l.* 3. *de verbor. signific.* Atque ex eo tempore si cessent, suo periculo cessant, *l.* 1. §. 1. *de adm. tut.* ut tamen iis ignoscatur, qui valetudine aut vi tempestatis, aliave simili causa impediti constituto tempore non venerint, *d. l.* 13. §. *si enim* 7. Porro nec antea quàm à die cognitionis cedere existimo quatuor illos menses disceptando & finiendo excusationis negotio constitutos; ne alioqui contingat, ut prius finiatur tempus excusationis, quàm incipiat; quod perquam esset absurdum. Nec est contrarium, quòd Paulus in *d. l.* 38. menses illos ex die nominationis numerat. Nam Paulo eo loco idem dies est nominationis & cognitionis: quippe qui solùm excludere vult tempus, quo allegata sit excusatio; quasi dicat, quatuor illos menses non currere à die propositæ excusationis, quod videri poterat, sed à die nominationis, cognitæ scilicet, non factæ. Ant. Fab. 1. *jurisp. hoc tit. pr.* 1. *illat.* 7.

Se excusare debent) Non solùm venire tutor, & adire judicem intra 50. dies debet, sed necesse est, ut intra id tempus se excuset; id est causam excusationis speciatim alleget & contestetur: quam etsi forte mox non persequatur; nihil tamen magis ei obstabit præscriptio 50. dierum, cùm ad negotium peragendum ei adhuc supersint 70. dies: nisi ἀφοσιώσεως χάριν, hoc est, defunctoriè, perfusoriè, aut ut Contius vertit, dicis causa, adierit, ut desisteret statim, & adversarium traheret, *d. l.* 13. §. ἀπὸ χρη. 6. Contestanda autem excusatio, vel in jure ad tribunal Prætoris, vel apud acta, vel χαμόθεν, id est, *de plano*, per libellum, *d. l.* 13. §. χρὴ δὲ μίαν. 10. Nam etsi tutor per libelli oblationem & subscriptionem non excusatur, *l. excusare* 25. *eod.* eo quòd excusatio pro tribunali disceptanda & excutienda est; quia opus est decreto, per *leg.* 9. §. 1. *de off. proc. l. omnia* 71. *de reg. jur.* tamen ad submovendam præscriptionem contestatio vel per libellum facta sufficit. Illud non satis expeditum est, an & absens tutor excusari possit. Negat Accurs. quem sequuntur Pet. Fab. ad *l. nemo* 70. *de reg. jur.* & Ant. Fab. *d. illat.* 7. itemque Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 9. *th.* 1. *lit. B.* Mihi contraria, quæ Cujacii est, verior videtur, per textum *l. tut.* 19. *C. de adm. tut.* Neque video quid obstet, quominus causa excusationis per procuratorem agatur. Opposita sunt *per libellum & pro tribunali*: non *per libellum & in præsentia*; nam præsens libellum offerre potest. 3

Cujuscumque generis sint, vel qualitercumque dati) Sive igitur testamento dati sint, sive à Magistratu, sive à lege ad tutelam vocati; nam & legitimos tutores excusari verius est, *l.* 3. §. *quæri.* 8. *de leg. tut. l. si pupillum* 20. *h. t. l.* 1. *C. de leg. tut. l. si sororis* 9. *C. qui dar. tut. arg. l.* 2. §. 5. *hoc tit.* Quibus locis eorum sententia manifestè refellitur, qui putant, legitimos tutores se excusare non posse, nisi & removeri possint, aut ad tempus dumtaxat, quo in numero sunt Hotom. & Giphan. *hic.* Cujac. ad *d. l.* 13. VINN. Unde rectè Theophilus παραφράζει εἴτε τεσταμενταρίοι εἴτε λεγίτιμοι. Theophilum contra Cujacium & Giphanium accuratè defendit B. Huber. *Præl. ad Inst. h. t.* §. 20. HEIN. 4

Intra centesimum lapidem) Ad professionem excusationis 50. dies dantur, si is, qui tutor datus est, sit in eadem civitate, vel intra centesimum lapidem: si ultra sit, ad veniendum dantur singuli dies in singula 20. millia, præterea 30. dies; ita ut computatis itineris diebus & illis triginta, tutor non pauciores habeat quàm quinquaginta; quod latius prosequitur Modestin. *d. l.* 13. §. 1. *& seqq.* Obiter addo, lapidem pro milliario sive mille passibus accipi: qua appellatio inde manavit, quòd singula milliaria positis singulis lapidibus, sive columnis lapideis spatiorum signa inscripta ha-

habentibus Tib. Gracchus, auctore Plutarcho *in Graccho p.* 838. distinxerat. Initium autem & finem omnes viæ Italiæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni posita erat, nimirum ab aureo illo urbis milliario monumentis veterum tantopere nobilitato. VINN. Adi ea de re debet Bergerius *de viris militaribus*, ubi hæc & alia plena manu feruntur. HEIN. In hisce regio-
5 nibus proponendæ & disceptandæ excusationis hæc fere forma servatur, ut si quis tutelam sibi delatam suscipere detrectet, is intra tres septimanas, ex quo cognoverit se tutorem datum esse, competens Magistratus solito sessionum die adeat, ibique causas excusationis alleget probetque: quibus auditis & cognitis, sine mora negotium peragitur: & si justæ ac solidæ videantur, excusato recusante, alius in locum ejus sufficitur: sin minus, rejecta excusatione tutori nominato onus tutelæ sententia Magistratus imponitur, à qua sententia, si iniqua tutori videbitur, provocare ei licet: sed interim alius ei & periculo ejus, si tandem succumbat, substituitur, vid. *art.* 19. & 20. *statut. Rhiinland.* Grot. 1. *manud.* 7. De forma compellendi tutores ad tutelam capessendam dictum est sub §. 1. *sup. de Attil. tut.*

TEXTUS.

De excusatione, pro parte Patrimonii.

17. *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

COMMENTARIUS.

ARbitror cum D. Hotomanno & Vvesemb. §. hunc mutilum esse, & decerptum ex Marciano *l. propter litem* 21. §. 2. *hoc tit.* Hoc autem indicare velle Justinianum, tutorem, qui pro parte bonorum se excusat, audiendum non esse: quippe qui non parti bonorum, sed universo patrimonio datus intelligatur: cujus regulæ exceptio traditur *d.l.* 21. nisi se excuset, ne ultra centesimum lapidem in aliena provincia tutelam gerat.

TEXTUS.

De excusationibus propriis Curatorum. De Tutelæ gestione.

18. *Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur: in tantum, ut licèt paterfamilias, qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eumdem curatorem dare; tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, Divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

QUæ præcedunt causæ excusationum, tutelæ cum curatione communes sunt: sequuntur duæ propriæ curationis; quarum una proponitur hoc §. altera §. *seq.*

Curator ejusdem fieri non compellitur) Romanis ad excusationem curationis adulti satis visum est ejusdem pupilli tutelam gessisse; *l. curator.* 20. *C. eod.* Quasi nimis durum sit, gemino unius personæ onere premi; quod tamen jus apud nos & in aliis plerisque locis desuetudine abrogatum esse monuimus supra sub *tit. quib. mod. tut. fin. & de curat.*

Adjecerit, se eumdem curatorem dare) Licèt aliàs curator testamento datus à Prætore confirmari solet, *sup. de Curat.* §. 1. Excipiunt Veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum, quem patronus liberis suis tutorem, & curatorem dedit, *l.* 5. *C. eod.* nisi de sua pecunia emptus & manumissus sit, aut ex fideicommisso libertatem acceperit: nam in hujusmodi libertos nihil juris patronus consequitur, excepto quòd sine venia in jus ab iis vocari non debeat, *l.* 14. §. 3. *l. nequaquam* 24. *hoc tit.*

TEXTUS.

De Marito.

19. *Idem rescripserunt: maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licèt se immisceat.*

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum uxoris maritus curator esse prohibeatur?*
2 *Jurisconsultos verbo excusandi sæpe abuti.*
3 *Quæ hodiernis moribus mariti in bona uxoris potestas.*

ALtera causa excusationis propria curationis in marito uxori suæ, puta minori 25. annis, aut mente captæ curatore dato. Ait *curatorem datum.* At quorum bonorum? nam dotis etiam dominus jure civili maritus est, *infr. quib. alien. lic. l. dote* 9. *Cod. de rei vind.* Si de jure veteri quæritur; non est dubitandum, quin omnium quæ extra dotem mulier habet, quæ Græcis παράφερνα, dicuntur, licèt expressè usum earum sibi non receperit, ac reservarit. Hoc enim causæ prohiben-

bendi convenit, quam mox afferemus, & sententiæ veterum constitutionum indistinctè loquentium, *l. 2. Cod. qui dar. tut. l. 4. l. licet 17. Cod. hoc t. l. 3. Cod. de interd. matr.* Potuit sanè mulier, quæ perfectæ ætatis esset, marito rerum omnium, quas extra dotem haberet, administrationem committere, *arg. l. 8. C. de pact. conv. l. maritus 21. Cod. de procur. l. pen. ad leg. Falcid.* Sed quæritur de uxore minore 25. annis, aut mente capta, quæ parapherna habeat: Huic, inquam, maritus eorum bonorum curator dari indistinctè jure veteri prohibetur, non receptiorum dumtaxat, ut male Mynf. Hotom. Wesemb. Nam ex novis demum constitutionibus est, quòd marito paraphernorum, quæ uxor specialiter non excepit, administratio permittitur, *l. 8. l. ult. C. de pact. conv.* quod hic annotare neglexit Tribonianus.

Excusare se posse) Sæpè nostri verbo excu-
2 sandi abutuntur, eosque etiam excusari ajunt, qui tutores aut curatores esse non possunt; ut cùm dicunt, inimicitias capitales præstare excusationem, *δίδοται ἄφεσιν ἐπιτροπῆς, §. inimicitiæ 11. sup. l. 6. §. δίδωσιν. 17. eod.* patrui cum pupillo de hæreditate contendentis excusationem recipiendam, *l. si pupillum 20. eod.* luminibus captum, mutum, surdum, furiosum excusationem habere, *l. un. C. de morb.* Quos omnes tamen certum est, tutelam gerere non posse, *l. 3. §. si tutor 12. de sup. tut. l. licèt 17. C. hoc tit.* cujus eadem effectu species est cum ea, quæ hic proponitur: nihil enim refert, uxori maritus, an socer nurui curator detur. Hoc autem loco Justinianum verbo excusandi abusum esse constat ex *l. 2. Cod. qui dar. tut. item ex l. 14. de cur. fur.* quæ apertè negant, maritum uxori curatorem creari posse. Quæ ideo moneo, ne quis putet in arbitrio mariti positum esse, aut se excusare, aut omissa excusatione curam uxoris suscipere: & in universum ne quis credat, certum esse argumentum tutoris jure dati, quòd excusationem habere dicatur. In tantum autem maritus prohibetur uxori suæ curator constitui, ut si constitutus prudens se immisceat, infamiæ labem contrahat; sicut & illi infames fiunt, qui contra Senatusconsultum pupillam vel adultam sibi matrimonio jungunt; eadem enim utriusque prohibitionis ratio est, ne scilicet fraus administrationis tegatur, dum uxor vel propter blanditias mariti nolet, vel propter metum ejus non audebit ab eo exigere rationes, *l. 4. l. licèt 17. C. hoc tit.* junct. *l. 5. l. 7. C. de interd. matr. l. libertum 64. §. 1. de rit. nupt.* Dubito autem cum Bachovio, an hæc posterioribus constitutionibus consentanea sint.

Licèt se immisceat) Qui excusare se potest, is si neglecta excusatione se miscuerit administrationi, postea se excusare volens non auditur, quasi juri suo tacitè renuntiaverit, *l. non tantùm 17. §. 5. sane. hoc t. l. 2. Cod. si tut. fals. alleg.* Sed hoc locum habet in iis, qui tutores aut curatores rectè dati sunt, quorum etiam propria est excusatio: nam qui tutores aut curatores esse non possunt, etiamsi se immiscuerint, excusantur aut removentur, *l. si pupillum* 3
20. hoc t. §. item major. 13. sup. eod. Atque hæc quidem jure Romanorum ita se habent. Cæterum moribus nostris uxor est in curatione & potestate mariti: potestque maritus bona uxoris etiam ea, quæ extra communionem retinuit, non solùm administrare, sed alienare quoque, aut obligare etiam sine uxoris consensu, nisi pactis antenuptialibus expresè aliter cautum fuerit, D. Neostad. *obs. rer. jud. 9. in not.* Grot. *1. manu. 5.* Eademque fere & apud cæteros Europæ populos mariti in uxorem hodie potestas est, ut ex Wesemb. Chassan. & Covar. refert Gudelin. *lib. 1. de jur. nov. c. 8.* & D. Tulden. *ad tit. de curat. §. 1 sup.* Apud Frisios administratio marito permissa, alienatio sine consensu mulieris non item, Sande. *lib. 2. tit. 4. def. 2.*

TEXTUS.

De falsis allegationibus.

20. *Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ.*

NOTÆ.

20. *Falsis allegationibus*) Ubi adde, ex eo tempore, quo datus est, tutelæ obligatum esse.

COMMENTARIUS.

DEcretum, quo tutor, falsis allegationibus usus, absolutus est, ipso jure nullum est, neque eum periculo tutelæ eximit, *l. 1. l. ult. Cod. si tut. fals. alleg.* quod favore pupillorum ita constitum esse credendum est. Nam regulariter sententia ex falsis allegationibus lata ipso jure non est nulla: sed adversus eam, si provocatum non sit, petenda est restitutio, *arg. leg. Divus 33. de re judic. & tot. tit. C. si ex fals. instrument.*

TI-

TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

D. Lib. 26. Tit. 10. C. Lib. 5. Tit. 43.

Continuatio & summa Tituli.

EX tribus, quæ ad tutores & curatores communiter attinentia Justinianus tractanda suscepit, duo exposita sunt, satisdatio, & excusatio. Superest tertium & ultimum, suspecti tutoris vel curatoris accusatio & remotio: quod hoc postremo hujus libri titulo nunc explicat. Ostendit autem strictim, unde ea accusatio descendat; qui, apud quos, & à quibus accusari possint; inde, qui sint suspecti, & quibus ex factis tales arguantur, & removeri debeant, docet; ac promiscuè, quæ hujus accusationis, remotionisque sit vis, atque potestas.

TEXTUS.

Unde suspecti crimen descendat.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecim tabularum descendere.

COMMENTARIUS.

S*Uspecti crimen ex lege duodecim tab.*) Ex Ulpian. *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Eòque pertinere creditur quod Cicero scribit 3. *de offic. cap.* 15. *Dolum malum etiam legibus fuisse vindicatum ut tutelam duodecim tabb.* Crimen autem hoc loco, & apud Ulpian. pro criminatione sive accusatione poni certum est. neque insolens accepta est hujus verbi significatio; sic enim accipitur in *l.* 7. *de accus. l.* 5. *de calum. l. propter* 21. *de Senat. Silan.* & apud Cic. *pro Rosc. Amerin. Tria sunt*, inquit, *quantum existimare possum, quæ obstant hoc tempore Sexto Roscio; crimen adversariorum & audacia & potentia.* Quamobrem licèt Theop. rectè verterit κατηγορίας; causa tamen non erat, cur interpretem ejus Curium, novumque utriusque παραφράσεως editorem Gothofredum carperet Bachov. quòd in Latina versione *crimen* retinuerint.

TEXTUS.

Qui de hoc crimine cognoscunt.

1. *Datum autem est jus removendi tutores suspectos Romæ Prætori; & in provinciis Præsidibus earum, & Legato Proconsulis.*

NOTÆ.

1. *Legato Proconsulis*) Jus removendi suspectos tutores Magistratibus competit vi suæ jurisdictionis: & ideo ea mandata, sive in specie, sive in genere, transit in eum, cui mandata est, *l.* 1. §. 3. & 4. *hoc t.* ergo etsi Præses mandaverit, quod male negat Cujac. *l.* 1. §. 11. *D. ad sen. Turp.* Nam ibi non excluditur qui mandatam jurisdictionem habet, sed Magistratus municipiorum.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam apud eum, cui mandata est jurisdictio, suspectum postulari posse.*

D*Atum est*) Hoc non ita accipiendum est, quasi jus de suspectis tutoribus cognoscendi, eosque removendi, speciali aliqua lege aut senatusconsulto Prætoribus aut Præsidibus datum sit: quemadmodum cùm dicimus, jus dandi tutores alicui datum esse, hoc sic accipimus, datum esse nominatim vel à Principe, vel lege, vel Senatu, *l.* 1. *l.* 3. *de tut. & cur. dat. l.* 6. §. 2. *de tut.* sed jus hoc removendi tutores Prætoribus & Præsidibus more concedi propter vim imperii, hoc est, iis competere vi & potestate Magistratus sui, sive jurisdictionis, ut de judicis dandi licentia quam iidem Magistratus habent, scriptum est in *l. cum prætor.* 12. §. 1. *de judic.* Etenim longè alia ratio est tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris jurisdictionis non est; qua de causa nec mandari potest, *dict. l.* 6. §. 2. *l. nec mandante* 8. *de tut. & cur. dat.* Cognitio de suspectis & remotio jurisdictionis est, eaque sive in specie sive in genere mandata, in eum, cui mandata est, transit, *l.* 4. *in pr. de off. ejus cui mand. l.* 1. §. 4. *hoc tit.* Rursus jus dandi tutores etiam Magistratibus municipalibus certa lege concessum est, *l.* 3. *de tut. & cur. dat.* §. 4. & 5. *sup. de Attil. tut.* At de suspecto cognoscere soli possunt Magistratus majores, *l.* 1. §. *suspecti* 11. *ad senat. Turpil.*

Legato Proconsulis) Legato quoque Proconsulis de suspecto cognoscendi jus est, non ut specialiter ei concessum, sicut tutoris datio 1

ora-

oratione D. Marci, *l.* 1. §. 1. *de tut. dat.* Sed tamquam consequens jurisdictionis à proconsule mandatæ *l.* 1. §. 4. *hoc tit. l.* 4. *de off. ejus cui mand. est jurisd.* in qua lege quod Macer adjicit, *propter utilitatem pupillorum*, non sic accipiendum est, quasi utilitas pupillorum contra juris rationem hanc sententiam extorserit: sed quòd hic cùm ratione illa generali, ex qua mandata jurisdictione totum officium juris dicundi transit, etiam concurrat ex accidenti pupillorum utilitas; quorum scilicet interest, ut plures de suspecto cognoscere possint: ne diutius perfidus tutor in patrimonio pupilli grassetur. Pari ratione & si Prætor mandaverit jurisdictionem, poterit apud eum, cui mandata est, suspectus postulari; *d. l.* 1. §. 4. *vers. ergo.* Idemque omnino dicendum, si Præses mandaverit. Nec est contrarium quod apud Marcianum *l.* 1. §. *suspecti* 11. *ad senat. Turp.* legimus, suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantùm examinari posse, & nullum alium de hujusmodi quæstione quàm Præsidem posse pronuntiare. Nam cognoscente & pronuntiante eo, cui mandata est jurisdictio, ipse cui mandavit, cognoscere & pronuntiare intelligitur: & ille hujus vice, non sua, fungi, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *de off. ejus cui mand. l. solet* 16. *de jurisd. l.* 1. §. 1. *quis à quo app.* Solùm excludere voluit Marcianus Magistratus inferiores in municipiis & civitatibus; qui pro tribunali, ubi hæc quæstio disceptanda, non cognoscunt, licet jurisdictionem aliquam habeant. Sic in *l. ubicumque* 105. *de reg. jur.* quæ etiam ad propositam speciem pertinent, cùm Prætor desiderari dicitur, ubicumque causæ cognitio necessaria est, non excluditur is, cui à Prætore jurisdictio mandata est: sed Duumviri, sive Magistratus municipales, quibus ea, quæ majoris cujusdam potestatis sunt, facere non licet, *l. ea, quæ* 26. *ad munic.* junct. *l.* 1. & 4. *de damn. inf.* Hodie etiam nostri Magistratus municipales, quos Scabinos appellamus; de suspectis tutoribus cognoscendi, eosque removendi jus habent.

TEXTUS.
Qui suspecti fieri possunt.

2. *Ostendimus, qui possint de suspecto cognoscere; nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, sive sint testamentarii, sive non sint, sed alterius generis tutores. Quare etsi legitimus fuerit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum esse, licèt suspectus remotus fuerit.*

COMMENTARIUS.

Possunt quidem omnes tutores) Item omnes curatores, sive adolescentis, sive furiosi aut prodigi curam gerant, *l.* 3. §. 2. *eod.* sed & curator ventri datus suspectus postulari potest, *dict. l.* 3. §. 1. Locus hic descriptus est ex *l.* 1. §. *ostendimus* 5. *eodem.*

Quare etsi legitimus) Indicare videtur, facilius tutores testamentarios & dativos ut suspectos accusari & removeri posse quàm legitimos, eosve, qui vinculo necessitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti sunt: quibus potius curator adjungendus est, quàm ut notata fide atque existimatione removeantur, *l. si tutor.* 9. *eod.*

Famæ patroni parcendum) Quod de patrono hic dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet & fortassis ne postulari quidem suspectus parens potuit, sed simpliciter curator ei adjungendus fuit. Illud constat, liberto & filio semper honestam & sanctam personam patris, & patroni videri debere, *l. liberto* 9. *de obs. par. & patron.* Atque hinc esse, quòd nullæ actiones famosæ, ac ne illæ quidem, quæ fraudis vel doli ullam mentionem habent, adversus parentes patronosve institui possint: sed ex quibus causis actio in alios famosa datur, ex iisdem adversus illos in factum detur, omissa doli mentione, *l. non debet* 11. *de dol. l.* 2. *l.* 5. §. 1. *d. tit. l.* 1. §. *interdictum* 43. *de vi & vi armata.* quod in proposito proclive est, eo quòd hæc actio natura sua famosa non sit, vid. *l.* 3. §. *ultim. cum l. seq. & l.* 9. *hoc tit.*

TEXTUS.
Qui possunt suspectos postulare.

3. *Consequens est ut videamus, qui possint suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimo mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi & Antonini: sed hæ solæ, quæ pietatis necessitudine ductæ ad hoc procedunt; ut puta mater, nutrix quoque & avia; potest & soror. Sed & si qua alia mulier fuerit, quam Prætor propensa pietate intellexerit, sexus verecundiam non egredientem, sed pietate productam non sustinere injuriam pupillorum; admittet eam ad accusationem.*

NOTÆ.

3. *Quinimo mulieres*) In tantum pupillorum gratia à consuetudine judiciorum recessum est. Pie-

Pietatis necessitudo) Apud Ulpian. *l.* 1. §. 7. unde hæc sumpta, legitur *pietate necessitudinis.*

COMMENTARIUS.

DEscripta hæc sunt ex Ulpiano, *l.* 1. §. *consequens* 6. *hoc tit.* Ait, *quasi publicam*, quæ nota est improprietatis. Revera enim hæc accusatio publica non est. Nam sive finem ejus spectes, non persequitur injuriam Reipublic. illatam, sed pupillo; sive formam & exercitionem, non extra ordinem à Præfecto urbis aut Præsidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis, *l. ordo.* 8. *de publ. jud. l.* 1. §. *ult. de pœn.* sed ut de re pecuniaria in privatis judiciis à Prætore vel Præsidibus, iisve, quibus ab his mandata est jurisdictio, *arg. l. ult. de privil. del.* Ad hæc qui publico judicio aliquem reum facit, is subscribere in crimen, quod intendit, debet, *l.* 3. §. 1. *de accus.* & desistens ab accusatione incidit in senatusconsultum Turpilianum: quorum neutrum est in postulatione suspecti, *d. l. ult. de priv. d. l.* 1. §. *suspecti* 11. *ad Turpil.* Cur igitur hæc accusatio dicitur publica? Nimirum quia publicæ similis est in eo, quòd omnibus patet: quod publicarum proprium est, §. 1. *inf. de pup. jud.* Cui addi & alterum potest, quia & nullo accusante ipse Magistratus ex officio manifestè suspectum repellere potest, *d. l.* 3. §. *præterea* 4. *hoc t.* junct. *l.* 13. *de off. præs. l.* 1. *in pr. C. de cust. reor.* Christin. *volum.* 3. *decis.* 157. *num.* 1.

Mulieres admittuntur) Contra morem judiciorum. Et notandum est, quòd ad hanc accusationem admittantur non eæ tantùm mulieres, quæ pupillo necessitudinis aliquo vinculo junguntur; verùm etiam quævis aliæ, quas modò commendet pietas & verecundia: ut intelligamus, majorem esse suspecti tutoris accusandi licentiam, quàm criminis publici judicii intentandi: quippe cùm mulieri permissum non sit publico judicio quemquam reum facere, præterquam si suam aut suorum injuriam persequatur, *l.* 1. *&* *l.* 2. *de accus. l. de crim.* 22. *C. qui accusar. non poss.* In tantum pupillorum gratia à consuetudine judiciorum deflexum est. Athenis quoque publica erat hæc actio, Jul. Poll. 8. *cap.* 6. quod ex Platonis lege descendit, *l.* 11. *de legib.* Usus autem non servat, vid. Groenevv. *de ll. abrog. ad tit. ff. de pop. act.*

TEXTUS.

An Pubes vel Impubes.

4. *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere; & ita Divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

HÆc eadem traduntur in *l.* 7. *hoc tit. l.* 6. *C. eod.* Ait, *impuberes non possunt*, *&c.* In postulandis suspectis tutoribus principaliter perpendendum est, an quid segniter aut fraudulenter gerant, *l.* 5. *C. eod.* in quo cùm animi judicio opus sit, mirum non est, impuberes ad hanc accusationem non admitti, ut culpent mores tutoris sui, à quo ipsi regi debent. Sufficit, hanc accusationem omnibus patere, ipsumque adeo Prætorem per se tutorem repellere posse, *l.* 3. §. 1. *in fin. &* §. *praterea* 4. *eod.*

Puberes autem curatores suos) In rebus, quæ privati judicii quæstionem habent, sicut pupillus auctore tutore, ita & adultus curatore consentiente litem & intendere & excipere debet, *l.* 2. *C. qui leg. pers.* Publica accusatio pupillis omnino non patet, *l.* 8. *de accus.* nisi quod eis speciatim concessum est, ut de consilio tutorum mortem patris exequantur, *l.* 1. §. 1. *d. tit.* Puberes verò etsi & ipsi regulariter publico judicio accusare non possunt, *l.* 4. *C. de auct. præst.* possunt tamen curatore auctore, si suam suorumve injuriam persequantur, *l. si maritus* 15. §. *lex Julia* 6. *ad leg. Jul. de adult. l.* 7. *C. eod. l.* 11. *de accus.* Gloss. *in d. l.* 4. *C. de auct. præst.* Quapropter si in hoc quoque accusationem suspecti similem esse volumus accusationi publicæ: videri poterit, nihil esse in proposito speciale: quia suam injuriam minor persequitur, qui curatorem suum suspectum facit.

Ex consilio necessariorum) Quorum in ea re præscriptum minor sequetur: quòd si illi nolint in accusationem consentire, judicis à minore aditi officium erit videre, ne quid detrimenti minor capiat, *arg. l. si cum dotem* 22. §. *nec non* 7. & ibi Bart. *solut. matrimon.* Cantiuncula & Mynf. *hic.*

TEXTUS.

Qui dicatur suspectus.

5. *Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licèt solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed & anteaquam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit, & secundum eum constitutum est.*

Com-

COMMENTARIUS.

HOc §. in genere docet Imp. quis sit suspectus, & unde talis esse deprehendatur. Ait, suspectum esse, qui non ex fide tutelam gerit: quod sic accipiemus; non tantùm si fraudulenter & callidè in rebus pupilli versetur, sive quæstus aut commodi causa res administret; sed etiam si negligenter aut segniter, neque ea integritate ac sollicitudine, qua oportet, *l.* 3. §. *ult. hoc tit. l.* 5. *Cod. eodem.* Nec tutori quicquam prodest quòd solvendo sit, quòd satisdederit, vel nunc offerat: non enim ex patrimonio principaliter, sed ex moribus suspectus æstimandus est, *l.* 5. *l.* 6. *eod. d. l.* 5. *C. eod.* §. *ult. inf. eod.* & pupillo semper utilius est sic ei prospici, ut ab initio nullum damnum sentiat, quàm ut postea laboret de consequenda indemnitate, *arg. l. ult. C. in quib. ca. in int. rest. non est nec.* quod Papinianus noster sic expresit: *Expedit pupillo rem suam salvam habere, quàm tabulas rem salvam fore cautionis, d. l.* 5. *eod.*

Anteaquam tutelam gerere incipiat) Puta si vel satisdare nolit, *l.* 1. *l.* 3. *C. de tut. qui sat. non ded.* vel contumax sit, *l.* 3. *C. hoc t.* vel si ob ignaviam aut negligentiam non gesserit, aut dolo fecerit, quominus gereret, *l.* 4. §. *ult. eod.* & generaliter si qua justa causa sit, ob quam videatur rejiciendus, *arg. l.* 3. §. *si tutor* 12. *eod.* VINN. Inprimis huc pertinet casus in §. 9. & 10. *h. t.* item mores, qui suspicionem negligentiæ vel doli injiciunt §. *ult. h. t.* HEIN.

TEXTUS.

De effectu remotionis.

6. Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est: si ob culpam non æquè.

NOTÆ.

6. Ob dolum famosus) *L.* 1. *D. de his qui not. infam.* Debet autem decreto causa significari: aliàs integra existimatione tutela abibit, *l.* 4. §. 1. & 2. *D. hoc tit.*

Ob culpam non æquè) Hoc est, segnitiem, inertiam, negligentiam, ineptiam, rusticitatem, *l.* 3. §. *ult. eod.* Th. διὰ ῥαθυμίας. Quid si tutoris lata negligentia arguatur? Non videtur salva existimatione abire: quia ista prope fraudem accedit, *l.* 1. §. 5. *D. de obl. & act. l.* 32. *D. depos.* VINN. Eleganter hanc *l.* 7. §. 1. *ff. h. t.* explicat B. Huberus ex *l.* 32. *ff. depositi*, quæ similiter distinguit, sit ne depositarius in suis rebus diligens, an supinæ & enormis socordiæ. Vid. *Prælect. ad Inst. hoc tit.* §. 7. HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Culpæ nomen & generale esse & speciale.*
2 *Genera culpæ obiter distincta atque exposita.*
3 *Ob latam culpam remotus an famosus fiat, & quid moribus nostris?*

ACcusationis finis est remotio. Cæterum pro qualitate causæ & admissi, alii simpliciter removentur, alii cum nota infamiæ, alii etiam aliter & nonnumquam gravius puniuntur. Qui salva aut notata existimatione removeantur, ostenditur hoc §. propriæ pœnæ adversus quos constitutæ sint, §. *si quis tutor.* 9. & 2. *seqq. inf. eod.*

Si quidem ob dolum) Ait, remotum ob dolum famosum esse, ob culpam non æquè. Dolus est quævis calliditas, & machinatio ad alium circumveniendum adhibita *l.* 1. §. 2. *de dol.* Culpa est omne factum, quo nocetur alteri injuria, sed ἀπροαιρέτως, id est, sine animo & proposito fraudandi. Etsi enim culpa 1
generali significatione etiam dolum continet, Cic. *lib.* 1. *de offic. ca.* 26. *Cavendum ne major pœna sit, quàm culpa*: & in l. Aquilia constat, culpæ nomine etiam dolum venire, *l.* 5. §. 1. junct. *l.* 30. §. *pen. ad l. Aquil.* in specie tamen accepta distinguitur, ut factum inconsultum à consulto & malitioso. Genera culpæ tria in 2
jure nostro memorantur, lata, levis, levissima. Lata culpa est, non pro videre, cavere, quod omnes, qui modò sensu communi præditi sunt, provident & intelligunt se curare debere, *l. cedere diem* 213. §. *ult. l. latæ* 223. *de verb. sign. l. quod Nerva* 32. *depos. l. p.* §. 2. *de jur. & fact. ign.* Atque hæc plerumque περιφραστικῶς dicitur culpa dolo proxima, *l.* 8. §. 3. *de precar. l.* 8. *de edend. l.* 1. §. 2. *si is qui test. lib.* Levis est omissio diligentiæ quam vulgo homines frugi in suis rebus adhibere solent, *l. heredes* 25. §. *non tantum* 16. *fam. ercisc. l.* 1. *de tut. & rat. distr. l.* 8. §. 4. *de obl. & act.* Levissima est omissio ejus diligentiæ, quam in suis rebus præstare solet diligentissimus paterfamilias, & fere per oppositum indicatur, cùm diligentia præstari dicitur simpliciter, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur.* quod loco magis opportuno latius explicabitur. Culpæ autem 3
nomine non intelligit hic Imperator culpam latam, sed leviorem: siquidem lata culpa, præterquam in crimine corporalem pœnam ingerente, *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar.* semper do-

lum interpretatione juris repræsentat, *leg. magna 226. de verb. signif. d. l. quod Nerva 32. dep. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. l. 8. §. 3. de prec. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* etiam in famosis, *leg. 11. §. ult. de his qui notant. infam. leg. probrum 42. in fin. de verb. signif.* adeoque etiam in actione pœnali, *l. 1. §. 2. si is qui test. li.* Unde etsi dolus tantùm præstari dicitur, tamen ea appellatione etiam culpa lata intelligitur, *l. contractus 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. commod. §. pen. infr. quib. mod. re cont. ob.* Nec movere debet, quòd verbum culpæ hic simpliciter & sine distinctione dolo opponitur. Quotiescumque enim hoc fit, aut quoties culpæ verbum absolutè ponitur, toties in usu juris significatur levis dumtaxat, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. de neg. gest. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. sæpe 35. depos. cum similib.* Frustra igitur objicitur quòd in dubiis benigniora præferenda, *l. semper 56. de reg. jur.* quòd pœnæ legum interpretatione moliendæ, *l. pen. de pæn.* odia restringenda, *Cod. odia Pand. de reg. jur. in 6.* Nam cùm de sententia auctorum juris quæritur, usus præcipuè spectandus est, *l. 7. §. 2. de sup. leg.* De usu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. Quod verò famæ & existimationis periculum exæquant cum periculo vitæ, ineptum esse apparet ex *l. capitalium 28. de pæn.* Sanè causa famosa aliquando confertur cum capitali, ut in *leg. 9. de man. vind. l. 8. §. 2. quod met. ca* sed satis constat id fieri respectu certæ alicujus rei, in *d. l. 9.* intuitu causæ manumissionis apud consilium allegandæ & probandæ, in *d. l. 8. §. 2.* ratione metus vel electionis; quod huc non pertinet; non enim quid metuat aut eligat, sed quid mereatur tutor, quærimus. Concludimus igitur, tutorem remotum infamem fieri, non solùm si ob fraudem remotus sit, quòd in tutela grassatus fuerit, aut sordidè egerit vel perniciosè pupillo, aut aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, *l. 3. §. nunc videamus 5. hoc tit.* verùm etiam si ob latam negligentiam; puta quòd in suis diligens, in rebus pupillaribus supinè & dissolutè negligens fit: quia talis negligentia prope fraudem accedit, *l. 7. §. 1. eod.* & interpretatione atque effectu juris dolus est, *d. l. quod Nerva 32. depos. l. magna 226. de verb. sign.* Eos autem, qui ob leviorem culpam, segnitiem, rusticitatem, inertiam; simplicitatem, vel ineptiam removentur, in ea causa esse, ut integra existimatione tutela abeant, *d. l. 3. §. ultimo, hoc t.* Quod & jam olim docuit Claud. Cantiuncula contra plerosque interpretes, qui negant, latam culpam infamare: quo in numero etiam sunt Schneid. & Vvesemb. Planè mitior hæc sententia moribus nostris accommodatior est, qui à veteris disciplinæ severitate multum descivimus: de quo queritur D. Tulden. in *comm. hic cap. ult.* Illud constat, causam remotionis decreto exprimendam esse, ut appareat de existimatione; nam si causam remotionis non signaverit decreto suo Prætor, fama remoti non læditur, *l. 4. §. 1. & 2. eod.*

TEXTUS.

De effectu accusationis.

7. *Si quis autem suspectus postulatur, quod cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.*

COMMENTARIUS.

Pendente causa cognitionis, interdicitur tutori administratio, atque alius interea in locum ejus in administratione rerum ordinatur, *l. eum quem 7. C. hoc tit.* ipsaque adeo postulatione suspecti etiam citra decretum id effici videtur, *l. quod si 14. §. 1. in fin. de solut.* Et rectè: nam ut suspectum non convictum in totum removere iniquum est, ita eum, qui in suspicionem lite instituta vocatus est, perseverare in administratione non expedit. Ajo, *lite instituta*: neque enim protinus allegata causa suspicionis tutori interim auferenda administratio; sed ita demum, si concurrant aliqua indicia, super quibus tutor auditus sit & litem contestatus: quod & DD. plerique tradiderunt: & probat Anton. Fab. *C. suo defin. 2. de susp. tut.*

TEXTUS.

Quibus modis cognitio finitur.

8. *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, postea que tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.*

NOTÆ.

8. *Extinguitur susp. cogn.*) Sed & si alio modo tutela finita sit, cognitio suspecti solvitur; *l. pen. D. eod. l. 1. C. eod.* Si quid damni pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, *l. 4. D. de tut. & rat. dist.* VINN. Ast quia hæc ratio cessat, si ob atrocius factum, & quod animadversionem acriorem mereatur, suspectus sit tutor: non abs re colligere mihi videor, hoc casu suspecti cognitionem, finita interim tutela, non extingui. HEIN.

COM-

COMMENTARIUS.

IN hac postulatione nihil petitur, quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur, sed hoc tantùm, ut tutor removeatur à tutela: quo remoto, si quid damni ex mala ejus administratione pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, cui ut locus fiat, actio suspecti instituitur: quoniam durante tutela agi non potest, *l.4. de tut. & rat. distr.* Quibus consequens est, finita quomodocumque tutela, solvi cognitionem suspecti, quamvis pridem receptam, *l.pen. C. hoc tit. l. 1. C. eod.* In quo item similis hæc accusatio videtur criminali, quæ ipsa cœpto licèt judicio regulariter morte rei extinguitur, *l. ult. ad Jul. maj. l. 1. l. 2. Cod. si reus vel accus. mort.* Nam in causa civili, licèt pœna quoque petatur, actio judicio semel inclusa salva semper permanet, atque in solidum transit in hæredem, *l. omnes 26. de obl. & act. l. omnes 139. de reg. jur. §. 1. inf. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

Si tutor copiam sui non faciat.

9. *Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola Divorum Severi & Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur: & quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.*

NOTÆ.

9. *Copiam sui non faciat*) Latitans, dolo absens, non justa de causa. *Ex l. 3. l. 7. §. 2. l. 2. D. hoc tit.*

Ergo ut suspectus) Bene *ergo.* Nam si non potest removeri, non est cur pupillus mittatur in possessionem, aut bonis tutoris curator detur. Cujac.

COMMENTARIUS.

QUia alimenta pupillo non temere decernenda sunt, sed causa cognita, quam rem Prætor pro modo facultatum pupilli, quas tutor ex vero profiteri jubetur, moderari & expedire debet, *l. 3. ubi pup. educ.* ideo adversus tutorem, qui, ne alimenta pupillo decernantur, sui copiam non facit, propria pœna constituta est: eadem nimirum, quæ adversus debitores latitantes; ut pupillus rei servandæ causa in possessionem bonorum tutoris mittatur, quomodo mitteretur creditor in possessionem bonorum debitoris, qui absens non defenditur; ex edicto *quib. ex caus. in poss. bon. eat.* Quin & plus hic tribuitur pupillo, quàm aliis creditoribus: quippe quibus in possessionem missis, nuda tantùm rerum debitoris custodia & observatio interim conceditur, *l. 12. quib. ex caus. in poss.* donec ob contumaciam perseverantis sui copiam non facere Prætor de consensu creditorum, curatore constituto, bona distrahi permittat, *tot. tit. de cur. bon. dand.* Pupillo autem in possessionem misso, simul quæ mora deteriora futura sunt ex bonis tutoris, dato curatore, distrahi jubentur: atque, ut arbitror, ut ex pecunia ex earum rerum venditione redacta pupillo interim alimenta constituantur. Quòd si hoc remedio & edictis evocatus tutor vinci & adigi non possit, ut veniat, suique copiam faciat; tum non tantùm quasi contumacem, sed etiam ut suspectum removeri eum oportet; quod tamen & perraro & diligenti habita inquisitione faciendum esse monet Ulp. *l. 7. §. pen. & ult. hoc tit.* Atque hic quoque sensus est hujus loci, & *l. 3. §. tut. 14. eod.*

TEXTUS.

Si neget alimenta decerni posse, vel tutelam redemerit.

10. *Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad præfectum urbi puniendum placuit: sicut ille remittitur, qui data pecunia ministerium tutelæ acquisierit, vel redemerit.*

NOTÆ.

10. *Alimenta posse decerni*) A Prætore scilicet, cujus alimentorum decernendorum pro modo facultatum pupilli competit, *l. 3. D. ubi pup. educ.*

Ad præfectum urbi) *L. 3. §. 15. D. h. t.* puniendum scil. extra ordinem & pœna corporali, εἰς τὸ σῶμα quod est meri imperii; qualem potestatem Prætor non habet, sed Præfectus urbi: unde & ad hunc remissio fit, ut & alias *l. 9. §. 7. D. de off. præf. urb. l. 2. D. de suspect. tut.*

Data pecunia ministerium tutelæ) Cujac. restituit, *Data pecunia ministeriis, tutelam redemerit, ex d. l. 3. §. 15. ministeriis*; id est, *officialibus & ministris Prætoris.* VINN. Scriptum fuisse videtur, *qui data pecunia ministeriis m.* (id est, Magistratuum,) *tutelam adquisierit* in *l. 3.* enim §. 15.

§. 15. *hoc tit.* est: qui tutelam corruptis ministeriis, prætoris redemerunt. Tribonianum ergo pro *prætore* substituisse arbitror *magistratum*, ex cujus vocis prima litera antecedenti vocabulo juncta natum videtur vocabulum *ministerium*. HEIN.

TEXTUS.

De liberto fraudulenter administrante.

11. *Libertus quoque si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur; ad Præfectum urbi remittitur puniendus.*

NOTÆ.

11. *Libertus quoque*) Ex Ulpiano *l. 2. D. hoc tit. l. 10. C. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

Diximus non multo ante, tutores pro qualitate facti vel simpliciter removeri, vel cum familia, nonnumquam etiam gravius simul coerceri: quod fit in his delictis, si quis præsens negaverit, pupillo quasi inopi alimenta decerni posse, & datis pupillo advocatis mendacii convincatur; si quis tutelam corruptis ministeriis Prætoris redemerit; si libertus fraudulenter tutelam filiorum patroni gesserit; quæ tria his §§. proponuntur ex *l. 2. & l. 3. §. sed si non 15. hoc tit.* Sunt autem plura; ut si quis pretio accepto operam dederit, ut non idoneus tutor pupillo daretur; si consulto circa patrimonium edendum quantitatem minuerit: si evidenti fraude pupilli bona alienasse probetur, *l. 1. §. solent 7. de off. præf. urb. l. 9. de tutel.* Hos omnes traditum est severiore animadversione indigere, quàm ut sufficiat eis suspectorum infamia; ideòque ad Præfectum urbi solitos remitti extra ordinem puniendos, *dd. loc.* & pœna scilicet corporali; nam multæ dicendæ jus etiam Prætori cæterisque, qui jurisdictionem habent, competit, *l. 2. §. ultim. de judic. l. aliud est fraus 131. §. 1. de verb. sign.* Graviorem autem omnem animadversionem, sive imperium, quod dicitur merum, Præfectura urbis sibi vindicavit, *d. l. 1. de off. præf. urb.* Apud nos quemadmodum criminum judicia exerceantur, & puniantur extra ordinem, qui delinquunt; dicemus *sub tit. ult. lib. 4.*

TEXTUS.

Si suspectus satis offerat: & quis dicatur suspectus.

12. *Novissimè autem sciendum est, eos qui fraudulenter tutelam administrant, etiamsi satis offerant, removendos esse à tutela: quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enimverò tutor vel curator, quamvis pauper sit, fidelis tamen & diligens, removendus non est quasi suspectus.*

NOTÆ.

12. *Etiamsi satis offerant*) Expedit enim pupillo rem suam salvam tenere, quàm habere cautionem, *l. 5. D. hoc tit.* fac. *l. ult. C. in quib. ca. in int. rest.*

Diutius grassandi) Ex Callistrato, *l. 5. D. hoc tit.*

Etiam eum) *L. 8. D. eod.* Vet. *suspectum enim eum.* Theoph. γάρ. Suspectum mores faciunt, non tenues facultates.

Quamvis pauper) Numquam paupertatis occasione suspectus postulari, aut ut suspectus removeri debet vir alioqui fidelis & diligens, *l. 5. C. eod.* Sed potest curator ei adjungi, si substantia pupilli periclitetur, *l. 6. C. eod.* aut removeri ex eo capite, quòd non satisdet, *l. 2. C. de tut. qui sat. non ded.*

COMMENTARIUS.

Etiamsi satis offerat) De eo dictum sub §. *suspectus 5. sup. eod.* Ut autem neque divitiæ neque satisdatio tutorem à suspicione liberant; ita nec ex adverso eum onerat paupertas. Nam etsi pauperi, qui se imparem oneri imposito docere possit, vacatio tribui solet: §. *sed & propter paupertatem 6. titul. præced.* aut qui propter inopiam satisdare non potest, removendus est, *l. 3. C. de tut. qui sat. non det.* numquam tamen paupertatis occasione suspectus postulari, eove nomine removeri debet vir alioqui fidelis & diligens. Ex moribus enim, non ex facultatibus suspectum argui convenit, *l. 8. hoc tit. l. 5. Cod. eod. l. si creditores 31. §. 1. reb. auct. jud. poss.*

Finis Libri Primi.

AR-

ARNOLDI VINNII, J.C.

IN LIBRUM SECUNDUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.
DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO IPSARUM DOMINIO.

D. Lib. 1. *Tit.* 8. *C. Lib.* 41. *Tit.* 1.

Ratio ordinis, & summa tractationis de jure rerum.

Ognita hominum qualitate & differentia, expositoque eo jure, quod cuique pro conditione personæ suæ competit, quod ex tribus, circa quæ jus omne versatur, primum est, transit Imperator ad alterum, atque huic proximum, res externas; ut quod lex methodi exigit, ex ordine singula explicet, quo ea proposita sunt, §. *ult. sup. de jur. nat. gent.* Habet autem hic titulus duplicem inscriptionem. *De rerum divisione*, & *De acquirendo ipsarum dominio.* Nimirum quæ duobus distinctis titulis in Pand. tractata sunt, ea in unum huc retulit Justinianus. Et quia in rebus, tantum cujusque est, quantum natura earum & conditio patitur; primò variè eas dividit, ut differentia earum cognita, jus quod in iis habemus, (qua consideratione rerum tractatio propria est Jurisconsulti) melius intelligatur. Deinde proponit & persequitur modos, quibus res, quæ singulis acquiri possunt, singulis acquirantur, initio facto à rebus dominii nostri aut similis in rem juris. Postremò tractat de obligationibus; idque demum *tit.* 14. *lib.* 3.

TEXTUS.

Continuatio & duplex rerum divisio.

Superiore libro de jure personarum exposuimus; modò videamus de rebus, quæ vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum; quæ ex variis causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

No-

NOTÆ.

In patrimonio) Id est, *in bonis*. In bonis autem nostris, non tantùm sunt res corporales, verùm etiam incorporales & jura, *l.* 49. *de verb. sign. l.* 52. *de acq. rer. dom.* Igitur & servitutes, *l.* 5. §. 9. *D. de ap. nov. nunt. tit. si uf. pet. & si serv. vind. & de itin. act. priv. l.* 3. *&* 4. *quæ in fraud. cred.* Nec obst. *l.* 1. *D. de usuf. leg.* Quia ibi Paul. non disputat de jure aliquo constituto, sed demum constituendo: quod ait, in bonis non esse, quia dominus hujusmodi jus formale non habet; nec tamen extra bona, quia habet saltem causativè, ut loquuntur.

Quædam nullius) Intelligit res divini juris, quibus per excellentiam hoc tribuitur, ut dicantur nullius esse.

Pleraque singulorum) Nimirum res omnes, quæ in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem vel ad rem jura.

COMMENTARIUS.

1 *An detur tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint.*

DE rebus) Quid rei appellatione, quæ alioqui generalis est, hic significetur, docet nos objectorum juris distinctio: nempe quicquid est extra personam & actiones, quod hominis usui aut commodo esse posit, sive id divini juris sit, sive humani, sive publici, sive privati, sive corporale, sive incorporale, sive dominium, aut jus aliquod in rem à dominio diversum aut separatum, sive obligatio: nam & ea, ut res in bonis nostris, huc pertinet; quod pluribus ostendemus *sub tit. de oblig. lib.* 3.

Vel in nostro patrimonio, vel extra) Patrimonii nomine propriè significari videtur ea pecunia, quam liberi ex hæreditate paterna accipiunt; cæterum consuetudine loquendi obtinuit, ut eo verbo intelligantur omnia, quæ
1 quisque paterfamilias habet. Igitur in patrimonio esse & in bonis esse idem valent. Sunt quibus hæc divisio manca videtur, quasi constitui debeat & tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint; cujus generis res, auctore Paulo *l.* 1. *de usufr. leg.* sint servitutes. Quo quidem ego numquam quicquam audivi subtilius. Non erit in bonis nostris ea res, quæ bona nostra & patrimonium auget, *l.* 5. §. 9. *de op. nov. nunt.* quæ pro debito pignori mihi obligata est; juxta *l.* 12. *de pign.* quæ domino prædii dominantis magni sæpe constitit, & quam prædii servientis dominus magno velit redimere? cujus denique persequendæ & tuendæ causa actio, aliaque remedia jure prodita sunt, *l. rem in bonis* 52. *de acq. rer. dom. l. bonorum* 49. *de verb. sign.* junct. §. 2. *inf. de act. leg.* 6. §. 1. *& ult. si serv. vind. d. l.* 5. §. 9. *de op. nov. nunc. tit. de itin. act. priv. & aq. cot. & æst.* Cur igitur actione Pauliana revocantur servitutes per fraudem non utendo amissæ, *l.* 3. *&* 4. *quæ in fraud. cred.* cùm id edictum ad eos tantum pertineat, qui patrimonium suum in fraudem creditorum diminuunt, *leg.* 6. *eod.* Aut cur magis res cæteras incorporales in bonis esse dicimus quàm servitutes? Veterum sanè nemo est, cui hoc in mentem venerit, ut diceret, servitutem aliquam constitutam & quæsitam non esse in bonis ejus, cui constituta & quæsita sit: neque etiam Paulo, qui in *d. l.* 1. non disputat de jure aliquo alicui constituto, sed demum constituendo; cujus tamen disputatio posita est in mera subtilitate. Legavit aliquis usum aut usumfructum itineris per fundum suum. Negat Paulus id legatum subsistere: quia ratio juris non patitur, ut servitus servitutis constituatur; nec esse utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit: quia id jus formaliter & separatum non habuerit: nam utique ut dominus jus habebat eundi in suo, poteratque jus à dominio separare, alterique sub alia qualitate concedere, alium denique eo jure, servitute non constituta, uti volentem prohibere: unde fortasis addit, nec esse extra bona, tantùm quia dominus, ut dixit, hujusmodi jus formale non habet, hoc est, separatum à jure dominico titulo servitutis, cùm nemini res sua serviat, *l.* 5. *si usufr. pet.* usus autem itineris tanquam juris separati & formalis legatus proponitur. Negat, legatum esse usum rei, quæ erat in bonis testatoris: quippe quæ nec erat quidem eo quo dixi modo, sed causativè tantùm. Esse autem hanc disputationem de apicibus juris; Paulus ipse fatetur, cùm legatum aut hujusmodi usus constitutionem admittendam censet beneficio cautionis à legatario præstanda, de restituenda post mortem suam aut capitis deminutionem servitute. VINN. Immo ita nonnumquam loquebantur veteres de rebus corporalibus, quas & *esse* &, in *dominio* & in *bonis* esse negabant. Quia tamen animo intelliguntur & utilitatem præstant, hinc nec extra bona sunt. Vid. V. C. Ger. Noodt. *Probab. Lib. II. cap.* 3. HEIN.

Quædam enim naturali jure communia) Non est nova hæc divisio, sed prioris illius explicatio: quæ eò pertinet ut intelligamus, ea,

quæ

quæ singulorum sunt, in patrimonio haberi, quæ communia, publica, Universitatis, & maximè quæ divini juris sunt, extra patrimonium esse. Aptior ad docendum nonnullis videtur divisio Caji *l. 1. h. t.* qui sic distinguit, ut dicat, rerum alias esse divini juris, alias humani. Divini juris quæ sunt, nullius in bonis esse; veluti res sacras, religiosas, sanctas. Res humani juris, aut publicas esse, quæ & ipsæ nullius in bonis sunt: aut privatas, quæ singulorum; una generali appellatione rerum publicarum complectens, quæ hic in communes, publicas & Universitatis distinguuntur. Huic autem divisioni mox aliam subjicit, quòd quædam res corporales sint, quædam incorporales: quæ à Justiniano demum traditur atque exponitur *tit. seq.* Apud Marcianum *l. 2. hoc tit.* divisio proposita uno membro mutilata traditur; ut liquet ex *l. 4. & 5. eod.* VINN. Martianus in divisione sua non tam omisit res publicas, quàm easdem communium nomine complexus est. Communes enim & publicæ sæpe pro iisdem habentur, *l. 24. ff. de damn. inf.* Unde non mutilata videtur *l. 2. ff. h.t.* sed à Triboniano in hoc §. paulo fusius explicata. Vid. Ger. Noodt. *Prob. Lib. 1. c. 7.* HEIN.

Pleraque singulorum) Hæc sunt, quæ privata dicuntur; nimirum res omnes quæ vel in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem jura à dominio separata, vel quæ adhuc nobis præstanda sunt ex obligatione. Unde non male nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potissimum capita referunt, quorum unum est de dominio, alterum de obligatione: dominii appellatione jus omne, quod in rem habemus, complectentes.

TEXTUS.

De Aere, aqua profluente, mari, littore, &c.

1. *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc; aer, aqua profluens mare, & per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis, & monumentis, & ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut est mare.*

NOTÆ.

1. *Naturali jure communia*) Vocabulo generali hæc etiam publica dicuntur, definiunturque à Nerat. *l. 14. de acq. rer. dom.* Quæ à natura ad omnium usum prodita, in nullius adhuc dominium pervenerunt. Sumpta hæc *ex l. 2. §. 1. & l. 4. D. eod.*

Aer, aqua profluens, &c.) Aer & mare jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo; Jo. Fabr. Immo nec dividi potuerunt; Grot. *de mar. lib. c. 5.*

Littora maris) Sicut maris usus omnibus patet, *l. 13. D. comm. præd.* ita propter mare & littorum maris, *l. 4. & 5. §. 1. h.t.*

Dum tamen à villis) Quia sunt singulorum, qui ædificando occuparunt, *d. l. 4. & l. 6. h. t. l. 14. de acq. rer. dom. l. 4. ne quid in loc. publ.*

COMMENTARIUS.

1 *Rerum communium usum omnibus competere, barbarumque semper habitum, quemquam mortalium eo usu prohibere.*

2 *Multum basce res differre ab iis, quæ nullius sunt, communi usui non attributæ.*

3 *Quatenus quid harum rerum occupari possit: tum quantum hæc occupatio occupanti tribuat.*

4 *De dominio maris, quod nunc sibi pleriquè ad aliquod spatium & per vicinos finus vindicant remissivè.*

5 *Quid vectigal navigantibus jure imponant?*

QUæ humani juris sunt, non privata aut singulorum propria, ea aut sunt omnium hominum communia; aut alicujus gentis sive populi, quæ in specie publica; aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicuntur, universitatis. Communia sunt, quæ à natura ad omnium usum prodita, in nullius adhuc ditionem aut dominium pervenerunt; ita generali vocabulo definiuntur à Neratio *l. 14. h.t. de acq. rer. dom.* Huc pertinet præcipuè aer & mare, quæ cùm propter immensitatem, tum propter usum, quem in commune omnibus debent, jure gentium divissa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo ut ait Jo. Faber, adeoque nec dividi potuerunt. Atque hoc est quod DD. nostri ajunt, aerem & mare, cùm sint incomprehensibilia, nullius populi bonis potuisse applicari; Jo. Fab. §. *littorum 5. inf. eod.* Grot. *de mar. lib. c. 5.* Item aqua profluens, hoc est, aqua jugis, quæ vel ab imbribus collecta, vel è ventis terræ scaturiens perpetuum fluxum agit, flumenque aut rivum perennem facit. Postremò propter mare etiam littora maris, *l. 2. §. 1. l.* 1
4. h. t. In hisce rebus duo sunt, quæ jure naturali omnibus competunt. Primum communis omnium est harum rerum usus, ad quem natura comparatæ sunt, tum si quid earum rerum per naturam occupari potest, id eatenus occupantis fit, quatenus ea occupatione usus ille

ille promiscuus non læditur. De usu aeris constat, quippe sine quo ne vivere quidem aut respirare quisquam potest. Aqua profluens ad lavandum, & potandum unicuique jure naturali concessa. Maris usus jure gentium liber est, atque ad navigandum, & piscandum ex æquo omnibus patet, *l. 3. §. 1. ne quid in loc. pub.* Unde si quis prohibeatur in mari piscari aut navigare, injuriarum actione prohibentem convenire potest, *l. 2. §. si quis 9. d. tit. l. 13. §. ult. de injur.* Maris naturam littora sequuntur: ac proinde ad littus maris cuivis accedere licet, navem eò appellere, ac reficere, ejecta in tempestate, naufragiove amissa ibi excipere, retia siccare, & casam, in quam tantisper se recipiat, ponere, *l. 4. hoc tit. l. littora 51. de contr. emp. l. 1. C. de naufr. lib. 11.* Dum tamen à villis, ædificiis & monumentis in littore extructis abstineat: quia non sunt juris gentium, *d. l. 4. hoc tit.* Est verò harum rerum usus adeò liber & promiscuus, ut barbarum semper, atque immane habitum sit, vel exteras gentes ab eo arcere. Quamobrem merito de Pœnorum injuria sic quæritur Orator Ilioneus apud Virgilium *l. 1. divini operis*, *v. 543. seqq.*

Quod genus hoc hominum, quæve hac tam barbara morem
Permittit patria? Hospitio prohibemur arenæ.
Bella cient, primaque vetant consistere terra.

Idemque apud eumdem *lib. 7. v. 229.* his vocibus affatur Regem Latinum:

Littusque rogamus
Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.

Denique Latona apud Nasonem *6. metam. v. 349.* sic alloquitur pueros Lyceos:

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.
Nec solem proprium natura, nec aëra fecit,
Nec tenues undas; ad publica munera veni.

Dicit, hæc non esse natura propria: sicut Ulp. *l. 13. comm. præd.* natura omnibus patere, quia à natura ad communem usum genita sunt, nec in ullius adhuc dominium pervenerunt; Cic. *1. de Offic. cap. 6.* Nerat. *l. 14. hoc tit.* Hæc igitur sunt illa, quæ veteres vocant communia omnium jure naturali, aut quod idem est, publica juris gentium, sicut & usum eorum modò communem, modò publicum vocant, *l. pen. hoc tit. l. 2. §. 1. l. 4. ne quid in loc. pub. §. littorum 5. infr. hoc tit. cum similib.* Quamquam
2 verò etiam nullius esse, quod ad proprietatem attinet, rectè dicimus; multum tamen differunt ab his, quæ nullius sunt, communi usui non attributa, ut feræ, pisces, aves: nam ista si quis occupet, in jus proprium transire possunt; illa verò totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cùm sit omnium, non magis omnibus ab uno eripi potest, quàm à te mihi quod meum est. Et hoc est quod Cicero dicit, inter prima esse justitiæ munera rebus communibus pro communibus uti. Sholastici dicerent, alia positivè esse communia, alia negativè; Thom. 1. 2. *q. 94. art. 5.* Cajetan. *tract. 17. quæst. cap. 12.* Covar. *in cap. peccatum, de reg. jur. in 6. part. 2. §. 8.* Intellexit hoc convivator apud Athenæum, cùm mare commune esse dicit, pisces autem capientium fieri. Et in Plautina *Rudente act. 4. sc. 3. v. 36.* servo dicenti, *Mare quidem commune certo est omnibus*, assentit piscator: addenti verò, *In mari inventum est, commune est*; rectè occurrit: *Meum quod rete, atque hami nacti sunt, meum potissimum est.* Cæterum illa hic addenda in- 3
terpretatio est, ut si quid harum rerum natura occupari possit; id eatenus occupantis fiat, quatenus ea occupatione usus publicus sive communis non impeditur. Quod merito receptum est: nam cùm ita se res habet, cessat exceptio, per quam fit, ut in jus proprium non transeant. Aër occupari non potest, nisi simul terra occupetur: sed neque mare, nisi forte exigua sui portione, quæ in fundum privatum admittitur; quomodo accipienda *l. 14. de injur.* aut ædificando jactis id in pilis, aut mollibus; quod cùm fit, locus, & ædificium ejus fiunt, qui ædificavit, *l. 2. §. adversus 8. l. 3. §. 1. ne quid in loc. pub. l. ergo 30. §. ult. hoc tit.* In littore vacuum quisque locum occupare per naturam potest, eumque occupando etiam suum facit, ut & id, quod in eo extruxerit, *l. 6. pr. hoc tit. de rer. div. l. 14. l. quamvis 50. cod. de acq. rer. dom. l. 1. §. si quod si 18. de op. nov. nunt.* Etenim qui locus ita in mari aut littore occupatur, non simpliciter & absolutè occupantis fit: sed dumtaxat interea dum occupat, dum ædificium manet: nam ædificio sublato; locus in pristinam causam quasi jure postliminii revertitur, *d. l. 6. & d. l. 14. §. 1. l. præscriptio 45. de usucap.* Sed neque simpliciter hæc occupatio & ædificatio concessa; verùm, quod exigebat ipsa ratio juris gentium, cum hac conditione, si per eam publicus littoris aut maris usus non fiat deterior, *d. l. 2. §. adversus 8. l. 3. l. 4. ne quid in loc. pub.* Neque jus gentium violari existimo, si hic arceantur peregrini in littoribus, quæ populus aliquis imperio sibi vindicat. Natura enim non ad hoc propriè littora produxit, ut cuilibet semper & promiscuè jus esset partem

co-

eorum occupare, ſed ut neceſſario maris uſui inſervirent, qui eſt navigatio; idque ſignificari opinor verbis *& per hoc*, quæ non fruſtra hic expreſſa ſunt, & in *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* ideoque etſi hic uſus jure gentium ſemper communis manet & indiviſus, ſicut ipſius maris: jus tamen, quod dixi, in littore ædificandi, diviſum jure gentium intelligi debet, quatenus littora imperio diviſa, & publica, facta ſunt alicujus populi, *arg. d. l.* 3. *ne quid in loc. pub.* Ita ferme Baro ad hunc §. *& d. leg.* 2. Don. 4. *comm.* 2. *&* 9. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 3. *n.* 9. Idem fusè & eleganter *cap.* 5. *mar. lib.* add. Ant. Fabr. *in ration. ad leg.* 9. *de leg. Rhod.*
4 Hodie Veneti maris Adriatici, Baltici Rex Daniæ, magnæ Britanniæ Rex mari circumflui dominium ſibi vindicant. Cæterum hoc latè plerique damnant, imperium quidem in maris partem ſinuſve vicinos uſurpare poſſe concedentes, ſed ſine jure proprietatis aut dominii; tum quia natura mare commune eſſe jubet, non permittit tantùm; tum quia ne dominii quidem capax eſt, reſiſtens occupationi & poſſeſsioni, unde dominia rerum cœperunt, *l.* 1. §. 1. *de acq. poſſ.* D. Grot. *d. c.* 5. *mar. lib. & d. c.* 3. *n.* 13. *de jur. bell.* M. Anton. Peregrin. 8. *de jur. fiſc. n.* 10. Alb. Gentil. *de acq. mar.* D. Tuld. *hic c.* 7. Exiſtimat tamen idem Grotius, *d. c.* 3. *num.* 10. non obſtare jus naturæ, quominus portio maris incluſa littoribus ejus populi propria fiat, cujus ſunt littora, dum ea pars maris ad territorium comparati non major ſit, quàm diverticulum maris comparatum ad magnitudinem fundi privati. Nuper verò Joannes Seldenus, vir ſanè non vulgari eruditione præditus, tractatum edidit inſcriptum *Mare clauſum*, ſive *De Dominio maris*, in quo ſumma ope oſtendere conatur, mare ex jure naturæ ſeu gentium omnium hominum non eſſe commune, ſed pariter dominii privati ſeu proprietatis eſſe capax, ac tellurem: cui paradoxo vix occurri poterit ex Grot. *d. c.* 5. *mar. lib. &* 2. *de jur. bell. cap.* 2. *num.* 3.
5 Illud conſtat, non facere contra jus naturæ aut gentium, qui recepto in ſe onere tuendæ navigationis adverſus piraticas excurſiones, juvandæque per ignes nocturnos & brevium ſigna, vectigal æquum impoſuerit: quale fuit Romanum vectigal Erythræum, de quo Strabo *l.* 17. & quod in ponto Byzantini exigebant διαγώγιον, quodque jam olim Athenienſes exegerant in ponto eodem, memorante utrumque Polybio, Grot. *d. cap.* 3. *num.* 14. add. Cæpoll. *de ſerv. præd. ruſt. c.* 26. (Unde verè dicendum eſt, jure Venetos, alioſque præfatos Principes Marium dictorum dominium habere.)

TEXTUS.

De fluminibus & portubus.

2. *Flumina autem omnia, & portus publica ſunt: ideoque jus piſcandi omnibus commune eſt in portu, fluminibuſque.*

COMMENTARIUS.

1 *Quo ſenſu dicatur jus piſcandi in flumine omnibus commune?*
2 *Non idem eſſe aquam profluentem, quod flumen.*
3 *Quo jure hodie flumina & portus, itemque piſcatio cenſeantur.*

SEcundum genus rerum, quæ privati juris non ſunt, publicæ in ſpecie dicuntur, quæ quamvis & ipſe in nullius dominium pervenerunt, imperio tamen diviſæ ſunt, & ditione ac poteſtate factæ alicujus populi. Ajo *ditione ac poteſtate*: nam quæ populi ſunt patrimonio, ut metalla, ſalinæ, ſilvæ, agri vectigales: &c. ea quidem etiam publica dicuntur propter perſonam poſsidentis, *l.* 17. *de verb. ſign. l.* 14. *hoc tit. de acq. rer. dom.* ſed quia uſu & jure, quo habentur, privata ſunt, *l.* 2. §. *hoc interdictum* 4. *ne quid in loc. pub.* ad inſtitutam diſputationem non pertinent. Hujus generis ſunt flumina, portus, alveus fluminis, quamdiu à flumine occupatur, & ex parte ripæ.

Flumina omnia) Scilicet perennia, nam torrentia, quæ hieme tantùm fluunt, æſtate ſolibus exſiccantur, publica non ſunt: *l.* 1. §. 3. *de flum.* ac ne flumina quidem propriè, ut rectè D. Don. 4. *com.* 3. contra Hotom. 8. *obſ.* 4. Marcianus *l.* 3. *hoc tit.* cautè addidit voculam *pænè*; nempe δια τῆς χειμάῤῥυς. Et quidem quæ flumina per eamdem regionem tantùm labuntur, unde originem ducunt, tota ſunt illius regionis; quæ verò diverſa imperia alluunt, per partes earum gentium ſunt, per quarum ditiones profluunt in mare. VINN. Hinc ſi limites duarum provinciarum conſtituunt, communia habentur, adeoque & novæ inſulæ, in hujuſmodi flumine natæ, vel communes ſunt vel alterutrius provinciæ propriæ, prout vel in medio flumine natæ, vel alterutri ripæ propriores ſunt. Ziegl. *de jure Majeſtat. Lib.* 2. *cap.* 15. HEIN.

Et portus) Portus eſt locus in mari, aut flumine concluſus ac munitus, quò importantur, & unde exportantur merces: qua appellatione tamen continetur & ſtatio, quæ eſt locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic

illic stare possint adversus injuriam prædonum ac tempestatum, *l. portus 59. de verb. sign. l.* 1. §. *stationem* 13. *de flum.* nostratibus *een. Hee.* Veteribus propriè portus insulam notat, sive ædificium legitimo spatio atque ambitu à contiguis divisum, mercium impendendarum & conservandarum causa, & per synecdochen quamvis insulam sive domum, quæ proprio ambitu constat; ut in illo duodecim tab. *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito.* Vid. Fest. in vocibus *portus & insula.* Cujac. Brechæ. Goed. *ad d. l. portus.*

Jus piscandi omnibus commune) Usus fluminis publicus est jure gentium, §. *riparum* 4. *inf. eod. l.* 4. *eod.* ac proinde unicuique licet in flumine publico navigare & piscari, *l.* 1. *ut in flum. pub.* Idem usus est & portuum, ut hoc loco & *d. l.* 4. Ait, *omnibus commune est*, nem-
1 pe omnibus iis: qui sunt ex populo, cujus fines flumen alluit, & quatenus alluit: ut in hoc distet hic usus ab earum rerum usu, quæ omnium hominum communes sunt; id quod ex præcedentibus satis colligi potest. Neque est quisquam, qui dubitet, quin usu navigandi aut piscandi in flumine exteri prohiberi possint. Notandum autem est discrimen fluminis
2 & aquæ fluentis, unde usus utriusque nascitur diversitas. Flumen est totum quid, unumque & idem corpus, quod mille abhinc annis fuit, *arg. l. proponebatur 76. de judic.* denique sub imperio eorum, quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non est, sed alia atque alia: & cùm in perpetuo cursu sit, non magis loco contineri, aut cujusquam potestati subjici potest, quàm aër & mare, quamdiu de medio cursu nihil de ea sumpseris. Hinc de usu judicandum. Flumine integro utimur ad navigandum & piscandum; qui usus jure gentium divisus est, quatenus flumina ipsa imperio divisa sunt, ac proinde non communis est omnium hominum, sed publicus eorum dumtaxat, quorum finibus continetur. Aqua verò fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecora; qui usus communis est jure naturali omnibus concessus; add. Jo. Fab. Baron. *ad hunc loc.* Don. 4. *comm.* 3. De jure ædificandi in portu aut flumine nulla hic mentio. Et in portu quidem vix est, ut sine incommodo navigantium ædificari possit. In flumine autem publicè cuilibet licet ædificare & destruere: dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat, *l. fluminum* 24. *de damn. inf. l.* 1. §. *non autem* 12. & §. *deinde* 19. *de flum.* Quo argumento adducor, ut credam etiam ædificatum fieri ædificantis, perinde ut ædificata in littore aut vicino littoribus mari ædificantium fiunt. Cæterum quia hoc jure jam non amplius utimur, non est operæ pretium pluribus de his disputare. Etenim flumina omnia navigabilia, & ex quibus fiunt navigabi-
lia; jam pridem à Frederico Imp. inter regalia relata sunt, *c. unic. quæ sunt regal. in usib. Feud.* eorumque proprietas facta Principis, vel populi, cujus ditione continentur: Bart. Jas. & alii, *l. quominus* 2. *de flum.* Quod tamen non obstat, quominus usus fluminis adhuc publicus manserit: nam & riparum, quarum proprietas privata est, usum esse publicum constat. Cæterum consuetudine locorum fere jam obtinuit, ut nemini liceat in flumine piscari, nisi qui jus illud vel emerit, vel conduxerit, vel alio titulo à Principe acceperit, vid. Cæpoll. *de serv. rust. præd. c.* 42. Schneid. *hic.* In hisce regionibus flumina omnia, quatenus finibus nostris continentur, lacus item, aliæque aquæ navigabiles, eorumque omnium alvei, hoc est, spatia, per quæ fluunt, aut quæ occupant, ripa quoque, quatenus majore parte anni aquis tegitur, populi est. Ac proinde Hollandi & Westfrisii jus habent pro custodia fluminum vectigalia ac tributa imperandi, quippe usu eorum etiam exteris concesso. Jus piscandi quoque initio penes populum fuit, inde ad Principes translatum: ut nemo jam id juris habeat, nisi concessu Principis, & certis limitibus ac legibus circumscriptum. Planè in Vvaterlandia, & quibusdam fluentis Kennemerlandiæ piscatio semper libera fuit; & singulis civibus etiamnum jus est in flumine aut lacu navigabili hamo piscari; Grot. *lib.* 2. *manud. cap.* 1. & 4. Groenevv. *de ll. abrog. hic & ibi alleg.*

TEXTUS.

Definitio littoris.

5. ***Est autem littus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.***

NOTÆ.

3. ***Est autem littus maris***) ***Qua fluctus eludit.*** Definitio κατὰ μεταφορὰν.

COMMENTARIUS.

HOc §. 2. & *seqq.* quædam diligentius explicat, quorum usus vel communis est, vel publicus. Atque ut intelligamus, quatenus littore uti omnibus liceat, quid sit littus primò definiendum putavit. Ait littus esse, *quatenus hibernus fluctus maximus excurrit;* quomo-

modo & Celsus definit, *l. littus* 29. & Javolen. *l.* 112. *de verb. sign.* & jam olim ante eos definiverat Aquilius; teste Cic. *in Top. c.* 7. Quam definitionem & ipse Cicero post aliquando fortassis arbiter sumptus, secutus est: non enim primus hoc constituit, ut plerosque credidisse Celsus refert. Ait, *hibernus*, quia hieme maximè mare exæstuat. Igitur littus est, quatenus fluctus maris eludit; atque hoc commune est omnium, sicut & mare: siccum verò littus sive ora terræ, quæ æstuum marinorum accessu non occupatur, populi regionis est.

TEXTUS.

De usu & proprietate riparum.

4. *Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare: sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in eisdem natæ eorundem sunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Non ut littora maris, ita ripas conditionem fluminis sequi.*

Ripa est id, quod flumen continet, naturalem cursus sui rigorem tenens: ita definitur ab Ulp. *l.* 1. §. *ripa* 5. *de flum.* Ait, *cursum naturalem*, ne quis putet, si quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas idcirco mutare. Paulus ait, ripam esse, quæ plenissimum flumen continet, *leg.* 3. §. 1. *d. tit.* ut significet, partem ripæ non esse spatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus minuto æstivo tempore non occupatur. Apparet autem ex sequentibus, ripam non tam angustè, ut nonnulli faciunt, accipiendam esse pro crepidine, aut labro amnis, sive pro sola extremitate alvei & terræ, quæ flumen continet, cujus extremitatis vix est ut ullus sit usus: sed aliquanto laxius pro spatio inter flumen & vicina prædia interjecto, ut ripa incipere intelligatur, ex quo à plano ad flumen vergit, *d. l.* 3. §. 2. *de flum.* quod & Pacius observavit in analysi sua,

Usus publicus est jure gentium) Usus riparum ita publicus est, ut fluminis: quinimo ripæ usus nihil aliud est, quàm ipsius fluminis, cùm per ripam flumine utamur. Ideoque quæcumque sunt interdicta ad tuendum usum publicum fluminis, eadem sunt & conjunctim ad tuendum usum riparum, *l.* 1. & *passim tit. de flum.* & *tit. ne quid in flum. pub.* Ait, *jure gentium*: quasi dicat: hunc usum atque hanc servitutem ripis à natura impositam esse, ut omnibus, quibus flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum usum uti liceat, cùm nec flumine aliter uti commodè possint.

Proprietas illorum est, quorum prædiis hærent) Hoc etiam disertè ait Cajus *l.* 5. *hoc tit.* itemque Pomponius ex sententia Celsi, *l. ergo* 30. §. 1. *de acq. rer. dom.* Unde Neratius scribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, suum non facere, *l.* 15. *eod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas esse, *l.* 3. *de flum.* de usu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus est D. Hotom. qui Paulum à cæteris, & rectè dissensisse putat. Nam quod ait, eodem jure partes fluminis singulas censeri debere, quo totum flumen, quod ita publicum esse constat, ut nec proprietate cujusquam sit, error est παρα τὴν ἄγνοιαν τοῦ ἐλέγχου, siquidem ripa pars fluminis non est, non magis quàm continens contenti. Neque verò idem est ripa in flumine, quod littus in mari. Ripa flumini non subjicitur, ut littora subjiciuntur mari, & quotidianis accessibus ab eo occupantur. At inquit, cujus juris est alveus, ejusdem & ripas esse necesse est: certum autem est alveum proprietate nullius esse, *l.* 1. §. *simili modo* 7. *de flum. l.* 7. §. *quod si* 5. *de acq. rer. dom.* At, inquam, ut diversa sit alvei & riparum conditio, flumen facit, quod alveum occupat, ripas non item. Quid quod nec alveus simpliciter publicus est, ne tunc quidem, cùm adhuc a flumine tenetur: sed quatenus flumen non obstat, adhuc pars censetur vicinorum agrorum: alioqui quo jure insula, manente adhuc alveo, in flumine nata vicinorum fieret? quod utique & ripæ proprietatem arguit vicinorum esse; qua de re amplius sub §. *insula* 22. & *seq. inf. eod.* Rectè igitur Græci, *Basil.* 46. *tit.* 3. τῶν ἰχθύων τῶν ἐν τοῖς ποταμοῖς οὐ λέγω δεσποτεία, ἀλλὰ ἡ χρῆσις publica ἐστι &c.

TEXTUS.

De usu & proprietate littorum.

5. *Littorum quoque usus publicus est & juris gentium, sicuti & ipsius maris; & ob id cuilibet liberum est, casam ibi ponere, in quam se recipiat, sicut retia siccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse; sed ejusdem juris esse, cujus & mare, & quæ subjacet mari, terra vel arena.*

No-

NOTÆ.

5. *Littorum quoque usus*) L. 4. l. 5. §. 1. l. 6. *h. t.* atque omnibus patet, sicut & maris; Virg. 7. Æneid. *v.* 229. *Littusque rogamus Innocuum*, & 1. *v.* 544. *Hospitio prohibemur arenæ.* Ubi Serv.

Proprietas eorum nullius) A populo tamen aliquo occupata illius populi esse videntur, *l.* 3. *ne quid in loc. publ.*

Ejusdem juris, cujus mare) Littora mari subjiciuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur, & ideo naturam ejus sequuntur, *l. pen. hoc tit.* Ripa autem, ut flumini non subjicitur, nec ejus pars est; ita nec per omnia conditionem ejus sequitur.

COMMENTARIUS.

De littorum usu & proprietate jam intellectum est. Cæterum unum adhuc notandum, quòd usum littorum dicit esse publicum, & juris gentium; ut intelligas, usum littorum publicum esse eo jure: quo scilicet significatu mare juris gentium esse dicit Cajus, *l.* 4. *hoc tit.* & Justin. §. 1. *supr. eod.* atque in hoc differre ab usu riparum, qui publicus quidem est jure gentium, sed non juris gentium, hoc est, non communis omnium hominum, sed eorum dumtaxat, quibus eo flumine uti jure gentium licet: cujus usus exteros communionem non habere antea demonstratum est. Eadem fere & Eguinarii Baronis, & Julii Pacii sententia est.

Ejusdem juris, cujus & mare) Mare littora aliis usibus eripiendo sua fecit. Nam, ut ante quoque dictum est, littora mari subjiciuntur, & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus & conditionem occupantis sequi necesse est, *l. pen. hoc titul.* VINN. Adeo communia Romanis videbantur littora, ut fere cuivis liceret, non solùm casas ibi ponere, in quas se reciperet, uti est in *hoc* §. 5. sed & palatia voluptatis causâ exstruere. Et eò pertinent illa Horatii *lib.* 1. *ode* 11. *Quæ* (hiems) *nunc oppositis debilitat pumicibus mare.* Quæ verba egregiè illustrantur *dans l' histoire de l' Academie Royale des Inscriptions & Belles Lettres. Tom.* 2. *p.* 333. HEIN.

TEXTUS.

De rebus Universitatis.

6. *Universitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, & his similia, & si qua alia sunt communia civitatum.*

COMMENTARIUS.

Quæ hic & apud Cajum *l.* 6. §. 1. *eod.* dicuntur universitatis, alibi etiam publica generali nomine appellantur; ut in *l.* 6. *de contr. empt.* §. 2. *inf. de inut. stip.* §. *ult. inf. de empt. & vend.* nimirum quia in publico civium usu habentur. Ea igitur, quæ in pecunia aut patrimonio civitatis sunt, quorum usus singulorum non est, huc non pertinent: quamvis & ipsa collata cum iis, quæ propria sunt singulorum, publica quoque dicantur, *l.* 7. §. 1. *quod cujusq. un. nom. l.* 15. & *seq. de verb. sign.* Universitatis autem appellatio latior est, quàm civitatis: nam & collegia & societates, aliaque hujusmodi corpora continet, quibus permissum est ad exemplum Reipub. habere res communes, arcam communem, &c. *l.* 1. *quod cujusque un.* VINN. Rectè distinguuntur res universitatis & patrimonia civitatis. Horum enim usus non est singulorum, adeoque nec obligationes circa illa, tum activæ tum passivæ. Eo pertinet *l.* 7. §. 1. *ff. quod cujusque univ. nom.* HEIN.

Si qua alia communia civitatum) Ut basilicæ, porticus, balnea, fora, prata & pascua publica, in quæ sc. pecudes immittere singulis civibus jus est: item si quæ collegii alicujus aut societatis communia sunt, veluti pergulæ, ambulacra, exedræ, peristylia, insulæ, stabula, &c. Communis autem harum rerum usus non latius patet, quàm ut publicus sit eorum, qui sunt ejusdem civitatis aut corporis. Hoc enim & superioribus omnino consequens est, & cum instituto convenit ejus, qui ea publicavit; si alii utantur, id permissu civitatis fit. Nemo sanè dixerit, usum pascuorum publicorum adeo liberum esse, ut etiam non cives jus pascendi habeant. Ad hunc autem usum tuendum prodita est contra prohibentes actio injuriarum, *l.* 13. *in fin. de injur.* Pertinet huc illud M. Tullii 3. *de finib. cap.* 20. *Theatrum commune cùm sit, rectè tamen dici posse, ejus esse eum locum, quem quisque occupavit, &* 1. *offic. cap.* 17. Viæ autem per quas omnibus iter debetur, publicæ sunt, non Universitatis. Cujac.

TEXTUS.

De rebus nullius.

7. *Nullius autem sunt res sacræ, & religiosæ, & sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.*

NOTÆ.

7. *Nullius in bonis*) L. 6. §. 2. *eod.* & ideo hæc

hæc quasi nostra vindicare non possumus, *l.* 23. §. 1. *D. de rei vind. nullius*, nec proprietate, nec usu profano.

COMMENTARIUS.

QUæ res divini juris sunt, per excellentiam dicuntur nullius esse, scilicet ex comparatione earum rerum, quæ cùm & ipsæ nullius sint, usu tamen sunt singulorum, aut ita affectæ; ut in dominium singulis cedere possint. Etenim & quæ humani juris sunt publica omnia, quæ non in pecunia populi, sed in usu publico habentur, comparata cum iis, quæ singulorum sunt, nullius in bonis esse dicuntur, *l.* 1. *hoc tit. l.* 6. *de contr. empt.* At in rebus divini juris hoc amplius est, quod ne usus quidem earum singulorum est. Feræ quoque, bestiæ, volucres, pisces, &c. nullius sunt, si comparentur cum iis, quæ quisque jam actu habet ac possidet: at ea conditione sunt & natura, ut acquiri possint, & cedant occupanti, §. *feræ* 12. *inf. eod.* quod secus est in rebus divini juris. Etiam inter ea, quæ nullius sunt. Cajus *d.l.* 1. numerat res hæreditarias nondum adita hæreditate: quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ sunt, & hæreditatis esse finguntur, quæ tantisper personæ vicem sustinet, *l. hæreditas* 34. *l. hæreditas* 61. *de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris sunt, quæ hominum potestati & promiscuo usui exemptæ, quodammodo in solius Dei jure ac potestate habentur; quarum tres species hic proponuntur, sacræ, religiosæ, sanctæ; quas singulas §§. deinceps expositurus est.

TEXTUS.

De rebus sacris.

8. *Sacræ res sunt, quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt; veluti ædes sacræ, & donaria, quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt: quæ etiam per nostram constitutionem alienari, & obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio sacer adhuc manet, ut & Papinianus scripsit.*

NOTÆ.

7. *Donaria*) ἱερὰ ἀναθήματα, κειμήλια ἱερά; ornamenta, Hesych. Macrob. 3. *Sat.* 11. ἱερὰ σκεύη, vasa sacra, *Nov.* 120. *c.* 10.

COMMENTARIUS.

1 *Personam consecrantis qualem esse oporteat.*
2 *Donaria quæ Latinis dicta.*
3 *Sacra privata à publicis non forma consecrandi, sed fine distincta.*
4 *Profanum veteribus quid, & unde dictum.*

REerum divini juris diximus esse tria genera: eaque, ut re, ita etiam nominibus apud nostros distincta sunt: quæ distinctio etiam in schedis Festi reperitur. Alia est apud Macrobium 3. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiscretè utuntur. Ait, res sacras esse, *quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt.* Quæ definitio duo maximè complectitur, formam consecrandi, & personam consecrantis. Formam indicat particula *rite*, id est, solemniter, more & instituto majorum, publicè, non privatim, *l.* 6. §. *sacræ* 3. *l.* 9. *pr. eod.* Gall. Ælius apud Fest. in voce *Sacer.* Ovid. 1. *fastor v.* 610. *Templa sacerdotum rite dicata manu.* De ritu veteri consecrandi vid. Alex ab Alex. 6. *gen. dier.* 14. Connan. 3. *comm.* 1. Personam consecrantis oportet rebus sacris præesse: quales apud Romanos erant Pontifices, ita dicti à ponte sublicio, quem, quòd sacer æstimaretur, in aliqua parte labantem solis Pontificibus reficere licebat, cæsa victima & sacrificio perfecto. Reliquorum quoque sacrorum omnium curam à qua potestatem penes collegium Pontificum fuisse constat: de quorum officio accuratè scribit Alex. ab Alex. 2. *genial.* 8. Quid Principes? Etiam eos curam sacrorum & religionum sibi sumpsisse, cum apud alios Auctores, tum apud nostros legimus, ut in *leg.* 8. *de rel. & sumpt. fun. l. ult. ut in poss. leg.* & nominatim jus dedicandi, seu consecrandi; *in d. l.* 9. *hoc tit.* An quia & ipsi plerumque Pontifices? Id sanè testatur historia, & Dio. *lib.* 53. expressè scribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis maximi dignitatem assumpsisse, ut omnes religiones & sacrificia in sua haberent manu. An verò hoc ideo dicitur, quia ut nonnulli volunt, sic ut olim per legem Papiriam non licebat rem ullam injussu plebis consecrare, teste Cic. *pro dom.* ita postea non licuit injussu Principis: ut Pontifex quidem consecraret, & solemnia peragerét, sed jussu & auctoritate Principis præcedente: maximè si locus publicus consecrandus foret, *argum. d.l.* 9. Principes Christiani curam sacrorum Episcopis reliquerunt, aliosque ritus atque cæremonias sublatis gentilibus substituerunt, quæ in dedicandis

dis monasteriis, ecclesiis, domibus orationum observarent, vid. *Nov. 67. & Nov. 131. cap. 7.* Luculentum dedicationis templi extat exemplum *1. Reg. 8.*

Donaria) Non solùm ædes aut locus consecrari possunt, sed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Ælii apud Festum loco apparet, & hic significat Justinianus verbo *donaria*: quo
2 eum mobilia intelligere, puta vestes *ἱερὰ σκεύη*, vasa, aliaque utensilia divinis usibus dicata, atque consecrata, ostendit *l. sancimus 21. Cod. de sacrosf. eccles.* Neque hoc contra usum Latinorum scriptorum. Nam quæ Græci *ἀναθήματα* appellant ab *ἀνατίθημι*, quòd dicata Diis suspendebantur è tholis, columnis aut parietibus templi, ea Latini *donaria* dixerunt. Apud Macrobium 3. 11. legimus: *Ornamenta sunt clypei, coronæ, & hujusmodi donaria.* Virgilius pro locis accepit, in quibus dona oblata reponuntur, *lib. 3. Georg. v. 533.*

. . . . *Et uris*
Imparibus ductos alta ad donaria currus

Eamque propriam esse hujus verbi significationem notat Servius; cui suffragatur Cornelius Fronto: *Donum*, inquit, *quod Diis datur, inde ubi dona ponuntur, donarium appellatur.*

Excepta causa redemptionis captivorum) Item pauperum alendorum tempore famis, si ita premantur, ut vitæ eorum succurrendum sit, *dict. l. sancimus 21.* Debitorum quoque Ecclesiæ causa, si creditores urgeant, nec aliunde debitum exsolvi possit, *auth. præterea Cod. de sacrosf. Eccles. Nov. 110. cap. 10. c. aurum 12. quæst. 2.* Bona Ecclesiastica huc non pertinent: quippe quæ humanis usibus serviunt, alendis scilicet Ministris verbi, aut pauperibus; quamvis & ipsa causis quibusdam exceptis, prohibeantur alienari, *Nov. 7.* add. Schned. *hic.* Gudelin. *lib. 6. de jur. nov. cap. 13. & 14.* Gloss. *in c. semel. pand. de reg. jur. in 6.*

Si quis auctoritate sua) Id est, non publicè
3 sed privatim, *l. 6. §. sacræ 3. hoc tit.* Quæsierit aliquis, cùm Romanis nihil sacrum fuerit, nisi quod publicè consecratum; qui fiat, quòd nihilominus eos sacra habuisse privata legimus? Cic. 3. *de legib. l. 1. de rit. nupt. l. 9. §. 1. ad leg. Jul. pec. l. 4. C. de crim. exp. hær.* Resp. Distinctio illa non à forma dedicandi, aut personis dedicantium, sed à fine sumpta est: quod privata pro salute familiæ, publica pro populo consecrabantur, vid. Rosin. 8. *antiq. tit. 6.* Potuit sanè quisque privatim suæ religionis causa aliquid Deo dedicare, quod pro sacro ipse haberet: verum id Pontifices Romani non æstimabant sacrum, ac proinde nulla obstringebat religione successores: quod ex eodem Gallo Ælio apud Festum discere possumus, & M. Tullio *lib. 12. epist. ad Attic. epist. 19. 34. & 35.* VINN. Accuratè distinguenda *sacra privata* Larium & Penatium, quæ & gentilia: *& sacra privata auctoritate constituta.* Illa legitima erant, ob legem XII. tab. *sacra privata perpetuo manento*: Fest. voce *sacra.* Hæc illegitima, ob periculum ne sacra peregrina inveherentur. Ill. Bynkersh. *de releg. peregr. diss. 2.* Illa erant juris pontificum: exinde est quod pontificum auctoritas intercederet in arrogationibus, confarreationibus &c. Hæc sacra non æstimabant pontifices. Si ergo privata auctoritate sibi quis sacrum constituerat, *quasi consecratum* censebatur, dum ad religionem patriam pertineret. Et eò referenda loca Ciceronis, *Lib. 12. ad Att. Epist. 19. 35.* Sin religionem peregrinam saperet, profanum censebatur. Bynkersh. *ibid.* HEIN.

Profanum) Varro 5. *de ling.* fana ait nominata esse, *quòd Pontifices in sacrando fati sunt* 4
finem: *inde profanum, quod est ante fanum, id est, conjunctum fano.* Trebatius profanum id propriè dici existimat, *quod ex sacro vel religioso in promiscuum hominum usum conversum est.* Macrobius autem *lib. 3. Saturn.* scribit, profanum omnes pæne consentire id esse, quod *extra fanaticam causam sit, quasi porro à fano & religione secretum.* Utut est, constat, nostros res profanas sacris & religiosis opponere solere.

Adhuc sacer manet) *D. l. 6. §. 3.* Ideoque venire non potest, *l. æde sacra 73. de contr. empt.* Trajanus ad Plin. *lib. 10. epist. 76. Si ædis sacra Claudii collapsa sit, religio ejus occupavit locum.* Planè quæ loca ab hostibus capta sunt, sacra esse desinunt: at ea calamitate liberata, quasi postliminio pristinum statum recipiunt, *l. cum loca 36. de religios.* Cic. *phil. 9.*

TEXTUS.

De Religiosis.

9. Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune verò sepulchrum etiam invitis cæteris licet inferre. Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum consentiente domino licèt inferre: & licèt postea ratum non habuerit, quàm illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.

Com-

Commentarius.

1 *Antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris; hodie autem fere in urbe mortuos sepeliri in locis publicè ad eam rem destinatis.*

2 *Cenotaphium, seu tumulum inanem, religiosum non esse.*

3 *Ut locus religiosus fiat, necesse esse, ut is, qui mortuum infert, sit pleno jure dominus loci, & quædam consectaria inde deducta.*

4 *Verba hujus §. postrema tam commodum sensum habere, quàm lectionem Codicis Flor. in Pand.*

Religiosum) Generali hujus verbi appellatione etiam sacra contineri arguit notatio vocis *religio*, sive à relegendo eam deducas cum Cic. 2. *de natur. Deor.* sive cum S. Sulpitio, ut auctor est Macrob. 3. *Satur.* 3. à relinquendo, sive à religando cum Lactantio 4. *Instit.* 28. At hic & passim in libris nostris strictius accipitur, & locum notat, ubi mortuus aut sepultus humatus est: quæ significatio & Festum Pompejum auctorem habet.

Unusquisque sua voluntate) Ad differentiam sacri. Locus sacer non fit, nisi publicè per Pontificem sacretur: religiosus fit propria cujusque voluntate cadaver aut ossa inferentis
1 in locum suum. Notandum hic in transcursu; antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris, nam in urbe mortuos sepelire lege vetitum erat; Cic. 2. *de leg. cap.* 23. *l.* 3. §. *divus* 5. *de sepulc. viol.* idque aliis etiam populis in more positum fuit: qua de re consule Petr. Greg. *lib.* 33. *Syntagm. cap.* 33. Quæ quisque sibi & familiæ suæ sepulchra constituebat, familiaria dicebantur; quæ sibi & hæredibus suis, vel quæ paterf. jure hæreditario acquisierat, hæreditaria, *l.* 5. *l.* 6. *in pr. de rel. & sumpt. fun.* Hodie autem, ut notum est, locis publicis ad sepulturam utimur à Magistratu sepeliendis mortuis destinatis: cœmeteriis fere, aut ipsis etiam Ecclesiis, in quibus tamen privatum sepulchrum habere, nihil vetat, quod & hæredibus relinqui, & ad usum sepulturæ etiam aliis vendi poss't, Grot. 2. *introd. c.* 1. Monac. *in l.* 4. *C. de religios.*

Dum mortuum infert in locum suum) His verbis docemur, duo esse necessaria, ut locus fiat religiosus; ut in eum mortuus inferatur; ut inferatur à domino loci. Primò non consecratione, aut verbis solemnibus locus religiosus efficitur, sed illatione mortui: unde sepulchrum ab Ulp. definitur, ubi corpus, ossave hominis condita sunt, *l.* 2. §. *sepulchrum* 5. *de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui sepulturæ destinatus est, corpore condito religiosus fit, sed quatenus conditum, aut humatum est, *d.* §. *sepulchrum* 5. Ex quo efficitur, quod Divi fratres rescripserunt. Mausoleum
inane sive monumentum purum memoriæ 2
tantùm causa factum, quòd Græci κενὸν μνῆμα, & uno verbo κενοτάφιον appellant. Suetonius, *cap.* 1. *in Claud. Tumulum honorarium*, religiosum non esse, *l.* 7. *hoc tit. l.* 6. *in fin. l. monumentum* 42. *de relig.* licèt contra senserit Marcianus, motus auctoritate Virgilii, ut ipse ait, *l.* 6. *in fin. hoc tit.* Nec dubium, quin iis Poetæ versibus, quos ex *lib.* 3. *Æneid. v.* 303. citat D. Gothof. ubi de Andromache hæc ait Æneas:

. . . . Manesque vocabat
Hectoreum ad tumulum, viridi quem cespite inanem,
Et geminas, causam lacrymis sacraverat aras.

Similis locus est ejusdem Poetæ *lib.* 6. *v.* 150. ubi sic ad Deiphobum idem heros;

Tunc egomet tumulum Rheteo in littore inanem
Constitui, & magno Maneis ter voce vocavi.

Denique si ossa hominis aut corpus conditum dumtaxat loco religionem affetunt, consequens est, ossibus, aut reliquiis effossis & translatis, locum religione solvi, *l. cum in diversis* 44. §. 1. *de relig.* quanquam effodere
vel eruere nou licet sine decreto Pontificum 3
aut jussu Principis, *l.* 8. *eod.* Alterum, quod ad locum religione obstringendum necessarium esse diximus, est, ut is mortuum inferat, qui est loci dominus: neque sufficit pro parte indivisa dominum esse; aut nudam loci proprietatem habere, sed necesse est, ut is qui infert, dominus sit in solidum & pleno jure. Hinc deducuntur hæc consectaria 1. Nemini jus esse inferre in locum, qui in totum alienus sit; utique invito loci domino: nam consentiente eo inferre licet, & locus hac illatione religiosus fit, *hoc* §. *in fin. l.* 6. §. *religiosum* 4. *eod.* 2. Non licere inferre in locum communem purum invito socio; hoc item *text. l.* 6. §. *si quis* 6. *comm. div. l.* 2. §. 1. *in fin. de rel.* quod tamen sic computat Callistratus, ut aliquis ex sociis in communi loco etiam sine consensu cæterorum sepeliti possit, si non sit alius locus, ubi commodè sepeliatur, *l. si plures* 41. *d. tit.* De loco puro Jurisconsultos loqui apparet; nam in communi sepulcro quin unus ex sociis etiam obtinentibus cæteris, sepeliri possit, nulla dubitatio est: quippe cùm ad

ad hunc ipsum usum is locus comparatus sit, *d. l. 6. §. si quis 6. comm. & hoc text.* 3. Non posse proprietarium invito fructuario inferre, aut locum religiosum facere, ut hoc item §. *& l. 2. §. si usumfructum 7. de relig. l. locum 17. de usufr.* Quorum omnium hæc ratio est, ne domini, socii, fructuarii conditio sine facto eorum deterior fiat, re commercio exempta. Planè si proprietatis dominus testatorem intulerit, qui usumfructum legavit, cùm in alium locum inferri tam opportunè non posset; placet locum religiosum fieri, *d. l. 17. de usufr. d. l. 2. §. 7. de relig.* 4. Postremò quod proprietario non licet invito eo, qui usumfructum habet, id multo minus huic licere debere, non concedente proprietario, *d. l. 2. §. 1. & 7.* VINN. Paucis noto, non semper verum esse quod *n. 1. ad hunc* §. notat Vinnius, locum factum religiosum non nisi quatenus corpus conditum aut humatum est. Plerumque enim religio occupabat certum spatium in frontem, & in agrum porrectum. Unde sæpe in marmoribus legimus: IN. FR. P. X. IN. AGA. P. XX. Conf. Horat. *Serm. lib. 1. Satyr. 8. v. 12.* Unde & illud spatium maceriis includi consueverat, Barn. Brisson. *Antiqu. Lib. 3. cap. 15. & 16.* Sensus ergo *l. 2. §. 5. ff. de religios.* est, non totum agrum, ubi conditum cadaver, religiosum fieri, sed locum tantùm, qui sepulchro destinatus, & certo spatio finitus sit. Interpretationem hanc ipsa necessitas defendit. Aliàs enim apud Romanos, qui fere corpora cremabant, urna vix minimam agri partem religiosam reddidisset. HEIN.

Locum purum) Id est, qui humani juris est, βέβηλον, profanum, *d. l. 2. §. purus 4. & passim eod. tit.* Aliquando opponitur ædificato, ut in *l. ult. in pr. de pign. act.* Varro quoque *lib. 4. de ling.* scribit, pura loca appellari areas in urbe.

Licèt postea ratum non habuerit) Ita vulgo hic legitur & apud Marcianum *d. l. 6. §. religiosum 4. hoc tit.* unde hæc transcripta sunt.
4 Neque incommodum sensum habet hæc lectio: sufficit enim ab initio consensisse, cùm quod semel placuit, postea displicere non possit, *cap. quod semel de reg. jur. in 6. l. nemo potest 75. eod. l. 5. C. de obl. & act.* In π˜. aut Florentinis affirmativè hic locus legitur, *Licèt postea ratum habuerit*, nec minus rectè: ut sit sensus; Licèt locus alienus, in quem sine consensu domini mortuus illatus est, ab initio religiosus non sit, tamen si is postea consenserit, locum religiosum fieri; quòd hæc sit natura ratihabitionis, ut mandato comparetur, *l. semper 60. de reg. jur. c. ratihabitionem* π˜. *eod. in 6.* Cæterum ut hoc quoque obiter addam, etsi illatione mortui in alienum locum locus non efficitur religiosus, non licèt tamen domino propria auctoritate ossa illata, aut corpus tollere; *l. 8. de relig.* sed actio ei in factum datur, per quam is qui intulit, aut tollere id quod intulit, aut loci pretium præstare cogitur, *l. 7. dict. tit.* Pretio autem præstito non est dubitandum, quin locus religiosus fiat. VINN. Lectione Florentina nihil sanius esse potest. Quî enim dici possit, dominum factum non ratum habere, id quod initio consensit? Unde & in *hoc* §. legendum: *licèt postea ratum habuerit.* Nam ita & Theophilus legit, dum scripsit: *Sed & si quis inscio vel invito domino intulerit, & id ille cum rescisset, ratum habuerit, fiet & ita locus religiosus.* HEIN.

TEXTUS.

De rebus sanctis.

10. *Sanctæ quoque res, veluti muri, & portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt; & ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.*

NOTÆ.

10. *Sanctiones vocamus*) *Leg. 41. D. de pœn.* Fest. in voc. *Sanctum.* Cic. *Verr. 6. Nisi legis sanctionem pœnamque recitasset.*

COMMENTARIUS.

1 *Sancti appellatio quàm latè pateat?*
2 *Rectè ne nostri etiam portas inter sancta numerent?*
3 *An capite plectendi, & qui muros municipiorum violant?*

CErtum est, longè latius patere appellationem sancti, quàm hic accipitur; idque vel ex Trebatio discere possumus, qui apud Macrobium 3. *Saturn.* 3. *sanctum*, ait, *interdum idem esse, quod sacrum, idemque quod religiosum, interdum aliud, nimirum quod venerabile, incorruptum, inviolatum est*: quod & Macrobius confirmat adductis aliquot locis Virgilii. Propriè autem sanctum dicitur, quod vel ab injuria hominum defensum atque munitum est *l. 8. hoc tit.* Hinc Legati jure gentium sancti habentur, *l. ult. de legation.* item Reges, teste Cicer. *pro reg. Dejot.* Jure Roma- 1

no-

norum tribuni plebis *sacrosancti*. Liv. *lib.* 2. *c.* 33. Fest. *in verb. sacrosanctum*. Aut quod sanctione quadam confirmatum atque subnixum est. Hinc leges & rogationes dicuntur sanctæ, quòd eas impune transgredi non licet. Hinc denique muri quoque sancti, quia speciali sanctione contra violantium audaciam muniti atque confirmati sunt.

Veluti muri & portæ civitatis) *L.* 1. *hoc tit. l.* 2. *ne quid in loc. sacr.* Et muros quidem consentiunt omnes esse sanctos. Cæterum de por-
2 tis dissentire videtur Plutarchus, qui *ἐν τοῖς Ρωμαϊκοῖς* muros *ἱερούς*, id est, *sanctos esse* scribit, portas non item, eo quòd per eas cadavera efferantur, aliaque immunda per eas importentur, atque exportentur. Sed hoc ille longe alio sensu quàm nostri; nimirum jus Pontificum ex libris ritualibus secutus. Quippe Romani in designanda urbe, adhibitis more Hetrusco certis sacris, murus aratro circumducebant, atque ambiebant: ubi verò portæ futuræ erant, id loci non sulcabant, ne quid religionis contraheret: sed aratrum suspendentes, portarum sparia relinquebant intacta. Consulatur Varro 4. *de ling. c.* 32. Lat. Alex. ab Alex. 6. *gen.* 14. Alciat. *l. pupillus* 239. §. *urb.* 5. *C. de verb. sign.* Cœl. Rhodig. *lib.* 14. *c.* 5. Hinc mœnia jure Pontificio sancta habebantur, portæ non item. At nostri portas ideo inter sancta numerant, quia eas non magis quàm muros violare fas est, aut aliquid in eas delinquere.

Quodammodo) Rectè *quodammodo τρόπῳ τινά*. Neque enim propriè hæ res divini juris sunt, ut res sacræ & religiosæ, sed propter similitudinem, quam cum rebus sacris & religiosis habent, divini juris esse dicuntur, quia scilicet nec ipsæ cujusquam sunt aut proprietate aut usu promiscuo. Fortassis tamen muri, quòd auspicato & solemni sacrificio signabantur, etiam propriè in rebus divini juris habiti sunt. Vid. Alciat. *d. loc.* Riccium *vindiciar. jur. promiss. c.* 7. qui ob id hunc locum ita distinguendum putat, *veluti muri & portæ civitatis quodammodo divini juris sunt.*

Ideo autem muros sanctos) Notatio verbi *sanctus* Marcianus, *l.* 8. §. 1. *hoc tit.* à sagminibus Legatorum deducit, id est, verbenis, seu herbis puris, quas Legati populi Romani ferre solebant, ne quis eos violaret. Sed quæ hic traduntur, & Festum auctorem habent in voce *sagmina*, & Aggenum Urbic. *in comm. ad Frontin.* qui utrumque & *sanctum* & *sagmina* à sanciendo, id est, confirmando, deducit. A sanguine tamen confictum esse hoc vocabulum, vel ex consuetudine sacrorum solemnium, quam Sallust. *in Catilin.* commemorat, putat D. Hotomannus.

Quia pœna capitis) Violare muros capitale est: sicuti si quis scalis admotis, aut qualibet alia ratione transcenderit. Nam cives Romanos alia quàm per portas egredi non licet: cùm illud hostile & abominandum sit; nam & Romuli frater occisus traditur, quòd murum transcendere voluerit. Hoc Pomp. *l. ult. hoc tit.* Marcus autem Tullius 3. *de offic. c.* 10. scribit, speciem utilitatis eò animum impulisse Romuli, cui visum erat utilius, solùm se, quàm cum altero regnare: *Omisit hic*, inquit, *& pietatem & humanitatem; & tamen muri causam opposuit, speciem honestatis neque probabilem neque idoneam.* De muris municipiorum dubitatum est, an & qui eas violant, pœna capitis puniendi sint. Vulgo placet non 3
esse; sed hujusmodi homines pro qualitate delicti arbitrio judicis extra ordinem plectendos, Bart. *in d. l. ult.* Ang. Mynf. Schneid. & alii *hic*. Quæ sententia sanè benignior est. Nec obstat, quod etiam muri municipiorum sancti sunt, *l.* 8. §. 2. *hoc tit.* Neque enim quicquid sanctum est, ejus violatio continuo capite plectitur: aut quod capite non plectitur, sanctum non est. Satis enim est ad hoc ut sanctum sit, ut ab injuriis hominum defensum, aut sanctione aliqua subnixum sit, *d. l.* 8. *in pr. l.* 9. §. 3. *eod.* Sanè in bello si quis vallum transcendat, aut per muros castra ingrediatur, capite punitur, *l.* 3. §. *nec non* 17. *de re milit.* vid. Gothofr. Buf. ad *d. l. ult.* & Autumn. *ibid. in confer. jur. Franc.*

Ideo & legum, &c. sanctiones vocantur) *L. sanctio* 41. *de pœn.* Cic. *in Verr.* 6. *Nisi legis sanctionem pœnamque recitassem.* Inconcinna autem est illatio. Fortassis ab effectu ea pars legis, qua pœna constituitur *ποινάλεια τῶν νόμων*, speciatim sanctio dicitur, quia efficit, ut legi sua auctoritas & sanctitas constet, *arg. d. l.* 9. §. 3. *hoc tit.* nam generaliter leges ipsas sanctiones vocari, satis notum est. Scholiastes ad illud Horatii: *Sanctarum inscitia legum*: *Aut participium est à Sancio; id est, firmatarum, aut sanctarum, id est, sacrarum, ut fœdus sanctum dicitur & sacrum.*

TEXTUS.
De rebus singulorum.

11. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt. Quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium: quarumdam verò jure civili. Commodius est itaque à vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura*

prodidit. Civilia autem jura tunc esse cœperunt, quum & civitates condi, & magistratus creari, & leges scribi cœperunt.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ in hac secunda parte hujus tituli potissimum spectanda?*
2 *Perperam in hac disputatione dominio opponi commercium.*
3 *Quid sit dominium, & quàm largè nonnumquam ea vox usurpetur?*
4 *Modos acquirendi jure gentium dominii ad duos commodè revocari.*

SEcunda pars hujus tituli, cui respondet titulus π˜. *De acquirendo rerum dominio.* Huc usque disputarum de differentia & jure earum rerum, quæ extra patrimonium sunt. Sequitur nunc alterum rerum genus, earum videlicet, quæ sunt in patrimonio: quæ ob id etiam privatæ dicuntur & singulorum propriæ. Hæ res variè item distingui possunt. Nam primò quædam sunt universales, quæ vel rationem totius habent ut hæreditas, universum alicujus patrimonium, vel generis ut fundus, homo, vestis: quædam singulares; ut hic fundus, hic homo, hæc vestis. Quædam item corporales sunt, quædam incorporales; de quibus *tit. seq.* Corporalium iterum quædam mobiles aut se moventes, quædam immobiles, *l. moventium 93. de verb. sign. l. 15. §. 2. de re*
1 *jud.* Duo verò præcipuè hic nobis spectanda, id quod in hisce rebus singulorum est, ejusque acquisitio. Quod singuli in his rebus habent, id vel est jus in rem: vel jus ad rem. Jura in rem sunt hæc, dominium, (tum plenum, tum minus plenum, quod quasi dominium & utile vocant; qualia sunt jus emphyteuticum & superficiarium) usus, ususfructus, jura prædiorum, jus possessionis, pignus sive hypotheca. Jus ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio sive creditum. Jus in rem D. Grotio est *beheering.* jus ad rem sive in personam, *inschult.* Idem jus in rem distinguit in jus possessionis: *besit-recht*; & jus dominii, vel quasi, quod *eygendom* vocat: eaque voce reliqua in re jura comprehendit, *lib. 2. manud. c. 1.* Doctissimus Diod. Tuldenus dominio non obligationem, sed commercium opponit.
2 Non rectè, ut mihi videtur, in disputatione proposita. Nam commercium non est res externa, quæ in bonis nostris computatur, quam acquirere, alienare, legare, hæredibus nostris relinquere possumus, qualis est obligatio; sed jus personæ, quod non omnes, qui in civitate sunt, habent. Est enim jus emendi, vendendique, aut potius jus contrahendi cum aliquo, *l. 5. de just. & jur. l. quod si minor 24. §. 1. de minorib.* Ulp. *tit. 19. §. 4.* Unde quæ res vendi, in stipulationem aut conventionem deduci non possunt, commercio dicuntur exemptæ. Denique obligatio, quæ ex maleficio oritur, etiam huc pertinet: at eam nolim dicere esse ex commercio. Nam commercii significatio apud Latinos tam latè non patet, quàm apud Græcos συναλλάγματος, ut tam συναλλάγματα ἀκούσια, quàm ἑκούσια, complectatur. Quod ad acquisitionem attinet, ea quoque non est unius modi: aliter enim dominium & jura illa in re à dominio separata acquiruntur, aliter obligatio sive creditum, sicut ex progressu apparebit: in quo si forte methodi leges non satis accuratè Compositores observarint, id non tam in iis reprehendendum, quàm sæculo condonandum est. De modis acquirendi dominii ut præcipui & summi in rebus juris initium faciunt. Dominium est plena in rem potestas, *§. ult. inf. de usuf.* sive jus de re pro arbitratu statuendi, *l. in re 21. C. mand.* Hoc 3
idem jus à re quæsita proprietas dicitur, *leg. 7. §. ex diverso 12. l. 23. hoc tit. de acq. rer. dom. l. 12. §. 1. de acq. poss.* quamquam proprietatis vocabulo sæpe in jure nostro nuda proprietas significatur, à qua scilicet ususfructus separatus est, ut passim in *tit. de usuf.* quod & in voce dominii contingit, *l. 6. §. ult. C. de bon. quæ lib.* & videntur Veteres dominium propriè de re corporali dixisse, *arg. tit. Pand. de acq. rer. dom. & tit. Pand. & C. de rei vind.* ut tamen interdum largius eamdem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua nostra est, ut in *l. 17. quib. mod. us. am. l. 10. §. 3. hoc tit. l. 3. si usufr. pet.* quo loco & possessio de re incorporali simpliciter prædicatur, quam tamen propriam esse constat rerum corporalium. VINN. Quæ hic de speciebus juris in re disputat auctor doctissimus, altioris sunt indaginis. Non erat, quod seorsum inter jura in rem recenseret, usum, usumfructum, jura prædiorum, quum sufficiat, nominasse *servitutem.* Deinde nescio, qui omitti potuerit jus hæreditarium, quod jus in re esse patet ex *l. 9. l. 19. ff. de hæred. petit. l. 1. §. fin. ff. si quadr. paup. l. 6. ff. de religios.* Denique jus possessionis non esse jus in re, vel inde patet, quod amissa possessione locum non habet actio realis adversus quemcumque possessorem, sed remedium personale *unde vi l. 7. ff. de vi.* Vide B. Huber. *Præl. ad Instit. lib. 4. tit. 15. §. 2.* Zach. Hub. *lib. 111. diss. 5. cap. 11. §. 17. sequ.* HEIN.

Mul-

Multis modis) Privata nulla sunt natura, ait M. Cicero *lib. 1. de offic. c. 6.* sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt.

Nam propriæ telluris herum natura nec illum,
Nec me, nec quemquam statuit;

ut Horatius *lib. 2. sat. 2. v. 129. sequ.* Modi acquirendi multi sunt & varii, tum jure gentium, tum jure civili; qui tamen ad paucos memoriæ causa commodè revocari possunt; & mea quidem sententia, qui ex jure gentium sunt commodissimè ad duos. Quicquid enim jure gentium nobis acquiritur, id vel facto nostro seu occupatione acquirimus, vel vi & potestate rei nostræ. Occupationis enim species sunt non tantùm venatio, aucupium, piscatio; sed etiam specificatio, inventio, & apprehensio rerum, quæ nullius sunt, quæve dominum habere desierunt, quæ ex hostibus capiuntur, postremò etiam, quæ transferuntur voluntate domini; quæ omnia suis locis demonstrabimus. Vis ac potestas rei nostræ duplex est; ut quicquid ex re nostra nascitur, nostrum fit, ut quæcumque rei nostræ accedunt, rem nostram ejusque conditionem sequantur: quorum alterum generali nomine fœtura appellari potest, alterum accessio. VINN. Sed parum concinna hæc partitio est. Rectius dixeris, modos acquirendi vel *originarios esse*, vel *derivativos*. *Originarie* adquiri res, quæ in nullius sint dominio & quidem *simpliciter* substantiam rei adquiri per OCCUPATIONEM *secundum quid*, quæ rei nostræ accedunt, per ACCESSIONEM. *Derivativum*, quo dominium ab uno ad alium transfertur, esse unicum, TRADITIONEM. Ad hos modos reliqui omnes commodè referuntur. HEIN.

Quod appellatur jus gentium) Hoc ideò additum, ne quis putet, hic intelligi jus naturale, quod omnium animantium inter se commune est, sed quod proprium est generis humani, sive, ut Cajus *l. 1. hoc tit.* explicat, id, quod ratione naturali inter omnes homines peræquè observatur. Et perpetuum hoc esse scribit Castrens. in *l. 1. de pact.* ut jus naturale, cùm ad actus refertur, qui hominum proprii sunt, pro jure gentium seu humano accipiatur. Proprium autem hominis est habere in dominio. Quod autem ait Justinianus, hoc jus cum ipso genere humano proditum esse; id de jure gentium primævo rectè dicitur, de secundario non item: ex quo tamen sunt nonnulli acquirendi modi, de quibus hoc titulo agitur. Respexit fortassis Imperator formas rerum acquirendarum præcipuas, quæ ex illo jure antiquo originem habent. Cæterum & de jure gentium secundario, eoque quod pro certo rerum statu naturale est, hæc accipienda καραστατικῶς.

TEXTUS.

De occupatione ferarum.

12. *Feræ igitur bestiæ, & volucres, & pisces, & omnia animalia, quæ mari, cœlo, & terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur: nec interest feras bestias, & volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Planè qui alienum fundum ingreditur venandi aut occupandi gratia; potest à domino, si is prævideri, prohiberi, ne ingrediatur. Quicdquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coërcetur. Cùm verò tuam evaserit custodiam, & in libertatem naturalem sese receperit; tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cùm vel oculos tuos effugerit; vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persequutio.*

NOTÆ.

1. *In suo fundo, an alieno*) Quocumque enim loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt. Hæc mirificè conveniunt cum traditionibus Hebræorum; de quibus Selden. *de jur. nat. juxt. disc. Hebr. c. 4.*

Probiberi, ne ingrediatur) Nam in prædio alieno invito domino venari non licet, *l. 16. D. de serv. pr. rust.* & si quis id fecerit, tenetur actione injuriarum, *l. 13. §. ult. de injur.* Cæterum captum nihilominus capientis fit; quia prohibitio conditionem animalis non mutat.

Difficilis) Non tantum ergo, si impossibilis, ut malè Accurs. *l. 5. pr. l. 44. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Unde æstimandum, utrum animal ferum sit, an mansuetum?*
2. *Feras etiam in fundo alieno captas fieri capientium, & quid de piscibus captis in alieno stagno?*
3. *Quid si quis fundum alienum contra probibitionem domini ingressus feram ceperit?*
4. *Venando capta non diutius nostra manere, quàm quamdiu in potestate nostra sunt.*

EX modis rerum jure gentium acquirendarum primus & præcipuus est occupatio; quæ quàm latè pateat ex iis, quæ paulo ante

ante dicta sunt, intelligi potest. Hoc loco, & quatuor §. *seq.* descriptis ex *l.* 3. *& l.* 5. *eod.* agitur de ea occupatione, quæ ferarum est, & venatio in genere appellatur: cujus species sunt, venatio quadrupedum, aucupium, piscatio. Igitur feræ bestiæ, quadrupedes, volucres, pisces, simul atque ab aliquo captæ, hoc est, apprehensæ & in manum ac potestatem alicujus redactæ sunt, jure gentium statim illius esse incipiunt. Estque hoc genus acquisitionis longè antiquissimum, ipsaque adeo lege creationis concessum, *cap.* 1. *Genes. & Psal.* 8. Quæ & Stoïcorum sententia, teste Cicerone 1. *offic. c.* 6. & Aristotele 1. *pol.* 4. cùm ajunt omnia, quæ in terris gignuntur, ad usum hominum naturam creasse.

Feræ) Ferum est, quidquid à cicure discrerum est: nam feras generali nomine appellamus omnia animalia, quibus à natura vis infinita insita est liberè vagandi in terra, mari, aëre; unde feras à ferendo dictas volunt, quod naturali suo impetu ferantur, vel quod è conspectu hominum se auferant in solitudines. Neque excludimus, quæ hominum com-
1 mercio mansuefacta sunt. Nam utrum ferum sit animal, an mansuetum, ex natura æstimandum est, non ex assuefactione, §. *pavonum* 15. *infr. eod.* Cæterum quæ hoc §. traduntur, ad occupationem earum ferarum pertinent duntaxat, quæ vel à nullo adhuc occupatæ sunt, vel occupatæ naturalis suæ libertatis iterum factæ sunt compotes.

Cælo) Cœlum pro aëre, οὐρανὸν εἴρηκε κατὰ τὸ τῶν ἰδιωτῶν ἔθος τὸν ὑπὲρ ἡμᾶς ἀέρα μέχρι τῆς χώρας νεφελῶν. Galen. *comm.* 2. *in* 2. Hipp. *de morb.* atque ita etiam sacri scriptores accipiunt, *Matth. c.* 6. *vers.* 26. ἐμβλέψατε εἰς τὰ πετεινὰ τοῦ οὐρανοῦ.

Qod ante nullius est) Modo ita affectum sit, ut alicujus esse possit: nam res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, ut res divini juris & publicæ, satis constat, ad hanc regulam non pertinere, quamvis & ipsæ nullius sint: nec item res hæreditarias, quas quamdiu hæreditas adita non est, inter res nullius numerat Cajus, *l.* 1. *de rer. div.* nam hæreditas interim pro domino est, *l. non minus* 31. §. 1. *de hæred. inst.* Simile axiomati proposito est illud Quintiliani *declam.* 13. *Quod omnibus nascitur, industriæ præmium est.* Plaut. in *Rudent. act.* 4. *scen.* 3. *Meum, quod rete atque hami nacti sunt.*

Nec interest, utrum in suo fundo) Amplificatio regulæ positæ; nimirum etiam in fundo alieno capta capientium fieri; cujus amplificationis ratio non est obscura. Nam quocumque loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt, & consequenter transeunt in jus occupantis. Igitur & pisces 2
qui in alieno stagno sunt, & feræ, quæ in sylvis circumseptis vagantur: quoniam relictæ sunt in naturali libertate, *l.* 3. §. *item feras* 14. *de acq. poss.* Scio, hoc displicere Hotomanno & Wesembecio. Sed profectò si pisces isti aut feræ à nobis non possidentur, quod disertè scribit Paul. *d. loc.* consequens est, nec eorum nos dominos esse; cùm hæc sit natura omnium ferarum, ut dominium earum nec acquiri sine possessione possit, nec retineri, quod vel unicus hic §. eos docere debuerat. Concedo tamen, spectandam hîc esse locorum consuetudinem, ut & in aliis plerisque, quæ hujus argumenti sunt. Et nostro sæculo contraria opinio prævaluit, ut & feræ sylvis privatis, & pisces stagnis inclusi, ut possideri, ita & in dominio esse credantur. Grot. 2. *de jur. bell. & pac.* 8. *n.* 2. D. Tulden. *hic cap.* 17. quod veteres tum demum admittebant, si feræ vivariis, pisces piscinis inclusi forent, *d. l.* 3. §. *item feras* 14.

Potest à domino probiberi) Quid si nihilominus ingressus sit, & feram ceperit? Vulgo placet, adhuc eam occupantis fieri, & rectè. 1
Nam id regulæ superiori omnino consequens est. Non obstat, quod in prædio alieno domino invito venari non licet, *l.* 16. *de serv. rust. præd.* nam prohibitio ista conditionem animalis mutare non potest, neque efficere, ut id quod captum est, fiat prohibentis: alioqui non nuda prohibenti actio injuriarum pareret, *l.* 13. §. *ult. de injur.* sed rei vindicatio & conditio furtiva, vid. Christ. *vol.* 5. *dec.* 84. *n.* 17. *& seq.* Excipit Angel. & post eum Cantiuncula, nisi fructus fundi in venatione, aucupio, & piscatione consistat, *arg. l. venationem* 26. *de usur. l.* 9. §. *aucupiorum* 5. *de usufr.* Sed enim si illa verè in fructu sunt, ne inscio quidem domino aut ingressum non prohibente capta capientis fient. A communi sententia recedunt Cujac. 4. *obs.* 2. Wesemb. ad Schneid. D. Tuld. *hic cap.* 16.

Eousque tuum esse intelligitur, &c.) Alia superioris propositionis amplificatio, videlicet eam etiam procedere, etsi fera jam ante capta sit ab aliquo, si ea in naturalem libertatem postea se receperit. Nam quod venando 4
per occupationem acquisitum est, id non diutius nostrum manere, quam quamdiu in potestate nostra & custodia sit: ubi verò evaserit custodiam nostram, & in laxitatem naturalem se receperit, desinere nostrum esse, & rursum fieri occupantis, *l.* 3. §. 2. *eod.* Christin.

ftin. *d. dec.* 84. *n.* 20. Quod ut fingulare notandum eft in dominio ferarum: nam aliarum rerum dominium etiam amiffa poffefsione retinetur. Cæterum ne quis hic judicii æquitatem defideret, placuit, ita demum cuftodiam prioris domini animal femel captum effugiffe; & libertatem naturalem recepiffe videri, fi fic evaserit, ut vel oculos domini effugerit, vel fit quidem adhuc in confpectu ejus, fed ita, ut fine fumma difficultate id perfequi non videatur, *d. leg.* 5. *in pr. l. Pomponius* 44. *hoc tit.* Quia in re quod bonus judex arbitrabitur fequendum erit. Gloff. Porc. Cantiuncula *hic.*

Textus.

De vulneratione.

13. *Illud quæsitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit, statim esse tuam, & eousque tuam videri, donec eam persequaris: quòd si desieris persequi, desinere tuam esse, & rursus fieri occupantis. Alii verò putaverunt, non aliter tuam esse, quàm si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quòd multa accidere solent, ut eam non capias.*

Notæ.

13. *Non aliter quàm si ceperis*) D. *l.* 5. §. 1. Non enim fpe & animo feræ noftræ fiunt, fed manu & occupatione, *l.* 55. *eod.*

Multa accidere solent) Sicut eft in adagio Græco, πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου. *Inter os & offam multo intervenire possunt.* Gell. 13. *cap.* 16.

Commentarius.

1 *Non vulneranti, sed capienti feram concedi.*
2 *Cur cùm fera statim ut capta est, nostra fiat, non statim quoque ut elapsa est, nostra esse definat.*
3 *Quid moribus hodiernis circa capturam ferarum juris sit, ejusque defensio & interpretatio, n.* 4. & 5.

FUere ex prudentibus, interque eos Trebatius, qui exiftimabant, feram beftiam, fi ita à venatore vulnerata fit, ut capi poffe
1 videatur; ftatim venatoris effe, ejufque tamdiu manere, donec illam perfequatur. Verùm hæc fententia ideo difplicuit, quia ex fuperiore regula, non vulneranti & perfequenti, fed occupanti & capienti fera conceditur. Non poteft autem dici, feram cepiffe, qui fpem tantùm capiendi habet, cùm multa accidere pofsint, quæ fpem iftam fruftrentur, & ut fera evadat, *l.* 5. §. 1. *eod.* Πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου, ut in adagio Græco. Atque ita judicatum refert Chriftin. *vol.* 5. *decif.* 84. *n.* 23. Grotius *lib.* 2. *man. cap.* 4. notat, eum qui feram ab alio excitatam capit, quamvis dominus feræ fiat, tamen ut inciviliter venantem eo nomine à miniftris Saltuarii multari poffe. Cur verò, in- 2
quis, cùm fera ftatim ut capta eft, noftra fiat, non & ex contrario femel capta, fi poftea elapfa fit, ftatim noftra effe definit, fed tamdiu noftra manet, quamdiu eam cum fpe recuperandi perfequimur? Nimirum quia pofsefsio, ex qua dominia rerum jure gentium cœperunt, facilius retinetur, quàm acquiritur. Ad acquifitionem non fufficit rem effe in confpectu noftro, ejufque apprehendendæ animum & fpem aliquam habere: fed manu occupanda & corporaliter apprehendenda eft, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. *de acq. vel amitt. poff.* Ad retinendam autem poffefsionem femel quæfitam folus animus fufficit, *d. l.* §. *faltus* 11. *l.* 1. §. *quod vulgo* 25. *unde vi*: eumque animum tamdiu retinere intelligimur, quamdiu non vana fpes eft fore, ut mox rem recuperemus; at fpe recuperandi fublata, jam animum quoque pofsidendi nos definere habere, *fac. d. l.* 44. *hoc tit. l.* 6. §. *ult. de acq. poff.* Noftro 3
jure fiunt quidem feræ etiam occupantium; fed non promifcuè omnibus venari permiffum eft: nam Principes fibi fere hoc jus vendicarunt, faltem quoad certa genera animantium, certofque capiendi modos. Feras minores, puta lepores, cuniculos, nobilibus etiam capere licet certis anni temporibus, dum ne capiant in locis Principi fpecialiter refervatis: quod jus & nonnullis aliis ratione officii conceffum, qui legibus falturiis continentur. Aucupii laxior libertas, excepto quod longo amite aucupari folius Principis jus eft. De jure pifcandi alibi à me dictum Adi Grot *lib.* 2. *manud. c.* 4. ubi latius hæc perfequitur. Non folùm autem legibus noftris, fed propè omnium Rerumpub. & Regnorum conftitutionibus modus venationis præfcriptus eft. Conftitutione Frederici Imperatoris vetantur rufticis retia, laqueos, aut alia inftrumenta ad capiendas feras tendere, nifi ad urfos, apros vel lupos capiendos: quas beftias credibile eft ideo exceptas effe quia tanta earum diritas eft atque immanitas, ut publicè interfit eas ab omnibus necari, *lib.* 2. *Feud. tit. de pace tenend.* 27. §. *si quis.* Jure Canonico ve-

venatione interdictum Clericis, ne hac voluptate capti cultum divinum deserant, *c. 1. & 2. de Cler. venat. lib. 5. decretal.* Sunt qui existimant, non posse citra injuriam lege civili aliquos impediri, ne feras capiant, captasque suas faciant, quoniam jure naturæ, quod immutabile est, hoc omnibus licet, Tiraq. *de Nobil. c. 37. n. 144.* Menoch. *consf. 298. n. 18. lib. 3.* & alii relati apud Fachin. *lib. 1.*
4 *contr. c. 4.* Sed verius est posse. Est enim hoc jus ex jure naturæ permittente, non præcipiente ut semper liceat. Jam vero etsi lex civilis nihil potest præcipere quod jus naturæ prohibet, aut prohibere quod præcipit; potest tamen libertatem naturalem circumscribere, & vetare quod naturaliter licebat, atque etiam ipsum dominium naturaliter acquirendum vi sua antevertere, D. Grot. *2. de jur. bel. c. 2. n. 5. & c. 3. n. 5.* Quæ etiam est sententia Covarr. *in relect. c. peccatum de reg. jur. in 6. p. 2. §. 8.* cùm ait, feras, volucres, & cætera animalia jure naturæ non esse communia positivè & affirmativè, quia omnium propria sunt; sed negativè, quia nullius sunt, & jure naturali nulli sunt applicata: ac proinde posse lege humana uni potius quàm alteri ex justa causa concedi. Non obstat igitur, quod sæpè in libris nostris legimus, jure naturæ liberum esse talia animalia venari. Hoc enim verum est, quamdiu nulla lex civilis intercedit, sicut leges Romanæ res multas reliquerunt in suo primævo statu, de quibus aliæ gentes aliud constituerunt. Cùm autem lex civilis aliud constituit, eam observari debere jus ipsum naturæ dictat. Unde autem nata est tanta juris quondam communis mutatio? Opinor partim ex consensu populorum, qui jus venandi in compensationem curatum & gubernationis Principibus ultro reliquerunt: partim ex ipsorum principum potestate, quibus visum sit publicè expedire, ut communi licentiæ frænum injiceretur, tum ne tota tandem species multitudine venatorum vastaretur, tum ne rustici & plebeii homines studio venationis ab agricultura, aut opificiis avocarentur: & fortassis ob alias etiam causas, quas videre est apud Wesemb. *parat. de acq. rer. dom.* Covar. *præd. loc.* Fachin. *1. contr. 1.* Card. Tusc. *pract. concl. jur. vol. 8. lit. V. concl. 41.* Christin. *vol. 5. decis. 84. num. 37. & seqq.*
5 Illud scire operæ pretium est, non acquisitioni animalis capti, sed juri venandi derogatum esse. Unde si homo plebejus, aut quis alius, cui jus venandi non est, feram venando ceperit, licèt incidat in pœnam legibus constitutam, fera tamen nihilominus illius fit: & quamvis capta jubeatur capienti auferri, id non tam ideo fit, quia capientis facta non est, sed quasi ab indigno & pœnæ causa. Eadem planè ratione qua laquei, jaculi, aliaque id genus instrumenta venatoria hujusmodi hominibus adimuntur. Quòd si verò id, quod ita captum est, alteri bona fide accipienti ex justa causa traditum sit, adimi hoc ei non poterit: neque enim furtivum, aut alienum possidet, ut ab eo vindicari queat. Neque dici potest pœnam legis mereri, qui nihil deliquit, nihil contra legem fecit, *l. aliud est fraus 131. de verb. sign.* Huic non absimile est, quod de fera in alieno fundo capta diximus, eam capientis fieri, quamvis in alieno venari invito domino non liceat. Ita Covarr. *d. §. 8. n. 5. & seq.* Christin. *ubi sup. n. 17.* Gudelin. *2. de jur. nov. c. 2.* Zypæi *notab. jur. Belg. de jur. fisc. & tit. de venat. ferar.*

TEXTUS.

De apibus.

14. *Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tua consederint, antequam à te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quàm volucres, quæ in arbore sua nidum fecerint: ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, eximere quilibet potest. Planè integra re, si prævideris ingredientem fundum tuum, poterit eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eo usque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est; alioquin occupantis fit.*

COMMENTARIUS.

1 *Omnes apes natura feras esse, non eas solas, quas rei rusticæ scriptores sylvestres appellant.*

QUia de quibusdam animantibus dubitari poterat, sintne natura fera, an mansueta, & maximè de apibus, pavonibus, columbis, gallinis & anseribus, non abs re est, quod hoc loco nos Imp. docet, quo numero hæc animantia habenda sint. Ambigi primò potest de apibus, quippe quas Plinius tradit, nec mansueti generis esse, nec feri, *lib. 11. nat. hist. c. 5.* Varro *lib. 3. de re rust. c. 16.* in feras & cicures distinguit, uti & *Columel. lib. 9.* Plinius *d. lib. c. 18.* in rusticas sive sylvestres, & urbanas Ulpianus noster *l. 8. §. 1. fam. erc.* videri potest hæc animalcula in genere mansuetorum habuisse, cùm ex sententia

tia Pomponii respondet, apes venire in judicium familiæ ercifcundæ, quia in patrimonio nostro sunt, eumque, qui eas amovet, furtum committere. Paulus verò in eadem re feras à cicuribus manifestè separat, *l. si apes 26. de furt.*

1 Sed dubitandum non est, quin ut diversa sint apum genera, una tamen omnium sit natura, eaque fera & sylvestris; ut hic ex Cajo *l. 5. §. 2. hoc tit.* refert Justinianus. Liberè enim omnes feruntur & vagantur, nec raro locum & alvearia mutant, etiam quæ aliquamdiu inclusæ fuerant. Quamobrem licèt Plinio videantur mixti esse generis, fortasse quòd in iis quid observarit, quod naturam animalis mansueti sapiat; tamen in hoc quod tractamus argumento, pro feris omnino habendæ sunt. Nec obstat distinctio illa Varronis. Nam cùm feras à cicuribus non natura, sed loco separet, feras appellans, quæ pascitant in sylvestribus, cicures, quæ in locis cultis habentur; satis apparet cicures, eum vocare, non quæ natura tales sunt, sed cura hominum, cicuresque dixisse pro cicuratis, vel potius pro *iis*, quæ minus feræ sunt, & occupatæ facilius mansuefiunt quàm sylvestres. Ulpianus autem *d. l. 8. §. 1. fam. erc.* apertè loquitur de apibus, quæ alveariis jam inclusæ ita assuefactæ sunt, ut ubi evolaverint, eumdem locum sponte repetant: neque aliis apibus feras opponit Paul. *d. l. si apes 26. de furt.* Constat autem, animalia, quæ ex feris mansuefacta, atque ita condocefacta sunt, ut ex consuetudine abeant & redeant, cùm de occupatione eorum quæritur, quamdiu illam consuetudinem retinent, eodem jure quo mansueta haberi. Unde rectè argumentatur Quintilianus *declam. 13.* apes, quæ ex alveariis nostris mane evolant, & vesperi domum sua sponte revolant, finemque laboris sui sole metiuntur; nostras esse Vinn. Rectè dicuntur apes feræ naturæ esse, si bipartita est divisio in bestias *feras & mansuetas.* Ast si easdem dividis in *feras, mansuetas,* & mansuefactas (uti sæpe unius ejusdemque rei modò bipartita, modò tripartita divisio est Vid. Celeb Noodt *Probab. l. 1. cap. 12.*) tum apes non sunt feræ naturæ, quæ alveariis inclusæ evolant, & revolant. Et ita intelligendus videtur Ulpianus in *l. 8. §. 1. fam. ercisc.* Manifestum autem inter animalia *fera & mansuefacta* discrimen est. Illa sunt nullius, & hinc fiunt occupantis, hæc sunt in dominio, & intercepta furtiva fiunt, quamdiu animum redeundi non deposuerunt, *l. 5. §. 6. & l. 44. ff. de adqu. rer. dom.* Hinc facile patet cur §. 16. infra *h. t.* negetur anserum & gallinarum feram naturam esse, quum tamen dentur & anseres, gallinæque feræ naturæ. Hein.

Antequam à te alveo includantur) Nam inclusio hæc occupatio est. Quæ autem animalia semel nostra facta sunt occupatione; ea tamdiu nostra manent, neque ab alio occupari possunt, quamdiu possessionem eorum retinemus, *fac. l. 3. §. quidam 16. de acq. poss.* Alveus autem est χειροποίητος, puta ex vimine, aut inani cortice: favum ipsæ sibi apes conficiunt. Varr. *de re rust. cap. 16.*

Volucres quæ in arbore tua nidum fecerint) Quemadmodum volucrum in arbore tua nidificatio non efficit, ut aut ipsæ, aut pulli earum tui censeri debeant; ita nec apium in arbore tua consessio facit, ut aut ipsæ, aut nova earum soboles tua efficiatur: sed ex regula superiore primo occupanti aut includenti cedunt. Quæ apium, eadem & favorum ratio est, si quos forte in arbore tua fecerint, antequam à te alveis includerentur, *d. l. si apes 26. de furt.*

Poteris eum jure prohibere) Et eodem jure, quo prohibere potes, si prævideris, eum, qui venandi causa tuum fundum velit ingredi, adversus quem, si te invito ingressus fuerit, prodita tibi est actio injuriarum, ut non multo ante dicimus ex *leg. 13. §. ult. de injur.*

Examen) Non solum vetus, sed & novum apum recens natarum, quæ ex alveariis ad novas sedes quærendas à parentibus extrusæ sunt: nam si parentum fera natura est, necesse est & feram naturam esse prolis.

Textus.

De pavonibus & columbis & cæteris animalibus mansuefactis.

15. *Pavonum quoque & columbarum fera natura est: nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine evolare & revolare solent: nam & apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque quidam ita mansuetos habent, ut in silvam ire & redire soleant, quorum & ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est; ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

Notæ.

15. *Pavonum & columbarum*) *D. l. 5. §. 5.* Sed

Sed hæ volucres facile cicurantur, & domibus adsuescunt; utique quæ natura minus feræ sunt, minusque abhorrent à consuetudine hominum. Vid. Var. 3. *de re rust.* 7. Colum. *l.* 8. *c.* 15.

Revertendi consuetudinem deseruerint) Ultro, non si ab alio detenta, *l.* 8. §. 1. *D. fam. erc.* Hoc autem totum ex circumstantiis judex æstimabit. Wesemb.

Commentarius.

1 *Pavones & columbas pro feris haberi, etsi non omnes æquè feram naturam habeant.*

2 *Moribus Gallorum & nostris animalia, quæ revertendi consuetudinem deseruerunt, non fieri occupantium.*

Secundò eadem dubitandi ratio esse poterat de pavonibus & columbis, saltem quoad quædam genera. Nam pavones quod attinet, distinguunt rei rusticæ Scriptores pavones agrestes, qui insulas & nemorosa loca captant, ab iis, qui in prædiis gregatim pascuntur. Varro *lib.* 3. *de re rust.* & Columel. *lib.* 8. *c.* 11. Idem Varro *d. lib. cap.* 7. Duo itidem esse genera columbarum tradit: unum agreste, quod habetur in turribus & columinibus villæ, unde & columbæ appellatæ sint; alterum clementius, quod cibo domestico contentum intra limina januæ pasci solet. Porro ex domes-
1 ticarum & agrestium conjunctione nasci, & miscellum tertium genus. Sed idem hic responderi potest quod de apibus, esse quædam genera pavonum, itemque columbarum, quæ natura minus feræ sunt, minusque ab hominum consuetudine abhorrent; pro feris tamen omnes haberi, quia facile avolant, & cum agrestibus sese conjungunt. Certè Cajus *l.* 5. §. *pavonum* 5. *hoc tit.* & Justinianus hic simpliciter hasce aves earum numero adscribunt, quæ sunt generis feri, quod & D. Grot. facit *lib.* 2. *man. c.* 4. Meminit quidem & pavonis mansueti Pompon. *l. si pavonem* 37. *de furt.* sed opinor mansuetum dixisse pro mansuefacto. Illud nullum argumentum est mansuetudinis, quod hæ aves ex consuetudine evolare & revolare solent. Nam & apes idem faciunt & cervos, quorum utique fera natura est, ita assuefieri posse constat, ut aliquo abeant, & sponte sua redeant domum. Exemplum cervi ita instituti à Tyrrhei liberis & præsertim Sylvia filia habemus apud Virgilium *lib.* 7. *Æneid.* & alterum cervæ Sertorianæ apud Plutarch. *in Sertor.* Fatendum tamen est, pavonibus & columbis hoc propemodum naturale esse, & placidis in eo similiores quàm feris.

In iis autem animalibus) Natura videlicet feris, sed ἡμερωθεῖσι, καὶ εἰς τὸ πρᾶον ἐκ τοῦ θηριώδους μεταβαλλομένοις, de quibus hic sermo est: nam in placidis, quæ hominum consuetudine natura gaudent, obtinet quod ex Cajo traditur §. *seq.*

Cùm revertendi consuetudinem deseruerint) Quod ex circumstantiis judex æstimabit. Neque enim placet eorum sententia, qui desuetudinem revertendi ex una & altera intermissione metiuntur, quamvis id plerique faciant, teste D. Wesemb. *hic.* Enimvero si quis, ver. gr. columbas, quæ ex columbariis nostris avolant & revolant, vetitis rationibus averterit, ita ut animum revertendi abjiciant, dubium non est, quin in factum actione teneatur, & captarum nomine etiam furti, *l.* 8. §. 1. *fam. erc.* Gallorum moribus animalia, quæ ex con- 2
suetudine abire & redire solent, dominorum esse non desinunt, nec fiunt occupantium, quamvis custodiam nostram evaserint, & deseruerint animum revertendi, quod maximè in falconibus & accipitribus observatur. Jo. Fab. *hic.* Autumn. *coll. jur.* Gall. *ad l.* 6. *cod.* Idemque de moribus nostris testatur Groenevv. *de ll. abrog. hic.* Vinn. Jure germanico veteri, pavones, columbæ, immo & picæ & cornices mansuefactæ mansuetis animalibus accensentur. Weichb. *art.* 118. Et tamen fiunt occupantium, si citra dolum intra quatriduum domum non redierint. Weichb. *ibid.* & jus prov. Suev. *hic cap.* 356. §. 1. Quæ juri Justinianeo planè repugnant. De usu hodierno conf. Schilter. *Exerc.* 45. §. 19. Hein.

Textus.
De gallinis & anseribus.

16. *Gallinarum autem & anserum non est fera natura, idque ex eo possumus intelligere, quòd aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus, item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati turbatæve evolaverint, licèt conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur; & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.*

Commentarius.

1 *Etiam ob gallinam vel anserem subreptum dari actionem furti.*

Postremò dubitatum de gallinis & anseribus; & harum avium naturam initio feram esse negat Justinianus, quod Cajus facit,

cit, *l. 5. §. gallinarum 6. hoc tit.* Mox tamen & ille & hic earum duo genera faciunt: quorum alterum natura sit ferum & agreste, alterum mansuetum & placidum: eamque naturarum differentiam in omni fere genere animalium animadverti posse, testatur Plinius *lib.* 8. *c.* 53. De generibus anserum & gallinarum & natura cujusque scripsere idem Plin. *lib.* 10. *c.*21. Varr. *lib.* 3. *de re rust. c.* 9. Columel. *lib.* 8. *c.*2. Pallad. *lib.* 1. *c.* 30.

Quocumque loco sunt, tui tuæve) Regula generalis est, ad omne genus animalium mansuetorum pertinens, ea nostra manere, quamvis ita aufugerint, ut neque siut in conspectu nostro, & ubi ea sint ignoremus, vel quocumque modo hoc acciderit: neque enim in his occupationi locus est. Quapropter etsi lupus ovem meam, exempli causa, rapuerit, ea mea esse non desinit, quamdiu recipi potest; & si forte eam alius lupum canibus suis persecutus eripuerit, suam non faciet; sed reposcenti mihi restituenda est, *l. Pomponius* 44. *hoc tit.* Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hactenus diximus, observentur. 1. Feras, quarum libertas vel numquam adempta est, vel quæ captæ in eam se receperunt, occupantis fieri. 2. Animalia mansueta, quocumque loco sint, nostra manere, neque occupatione cuiquam acquiri posse. 3. Mansuefacta ita ut abire & redire soleant, quamdiu eam consuetudinem retinent, jure mansuetorum censeri; deposito revertendi animo; ut cæteras feras secundùm regulam concedi occupanti,

Furtum committere intelligitur) *L.* 5. *§. gallinarum 6. d. l. Pomponius* 44. *hoc t.* quod & in mansuefactis obtinet, si quis ea animalia, cùm ex consuetudine abire & redire solita essent, intercceperit, *l.* 8. *§.* 1. *fam. erc. l. si pavonem* 37. *de furt.* Atque his omnibus locis traditum est, etiam actionem furti nomine

1 competere: nempe quia hoc exigit ratio justitiæ, quæ non ex quantitate, sed ex suis regulis debet æstimari. Cui contrarium non est quod legimus, actionem de dolo ob rem, vel summam minimam, veluti ob duos aureos, non dari, *l.* 9. *in fin. cum* 2. *ll. seqq. de dol.* Siquidem actio de dolo, præterquam quod æquè ac furti famosa est, remedium est extraordinarium, atque in subsidium dumtaxat si alia actio non sit, & res alicujus momenti esse videatur, comparatum, *l.* 1. *§. ait Prætor* 4. *de dol.* VINN. Conferri tamen hic merentur quæ de furto rei minimæ eleganter disserit Illustris Bynkersh. *Observat. lib.* 1. *cap.* 3. HEIN.

TEXTUS.

De occupatione in bello.

17. *Item ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut & liberi homines in servitutem nostram deducantur: qui tamen si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.*

NOTÆ.

17. *Ex hostibus capimus*) *L.* 5. *§. ult. l.* 7. *pr. eod.* Aristot. 1. *pol.* 4. *&* 5.

Nostra fiunt.) Jure gentium res hostium eodem loco sunt, quo res nullius, ac proinde eorum fiunt, qui primi earum possessionem nacti sunt, *l.* 1. *§.* 1. *D. de acq. poss.* & tam res immobiles quàm mobiles. Capientes, intelligendi non tantùm qui per se capiunt, sed etiam qui per alios. In actu belli publico & imperato singuli ut ministri operam navant, & Principi aut populo, qui ministerio eorum utitur, acquirunt: hinc præda & ager ex hostibus captus publicantur, *l. pen. D. ad leg. Jul. pecul. l.* 20. *§.* 1. *D. de capt.* Extra actum publicum singuli sibi capiunt; quia non capiunt ut ministri. Grot. 3. *de jur. bell. c.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Res hostium veteribus eodem loco fuisse, quo res nullius, & ideo iis concessas, qui primi earum possessionem adepti essent, vel per se, vel per alios.*

2 *Agrum hostilem, non nisi actu publico capi posse; ac proinde captum fieri publicum populi.*

3 *Moventia & mobilia, quæ in ministerio publico capiuntur, & ipsa fieri populi: aliàs eorum, qui manu capiunt; & quid hodie.*

QUod hic & apud Cajum *l.* 5. *§. ult. eod.* traditur, ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fieri, difficultate non caret. Nam alibi legimus, agrum ex hostibus captum publicari, *l.* 20. *§.* 1. *de capt. & postlim.* Bona captivorum in fiscum cogenda, *l. divus* 31. *de jur. fisc.* Captivos ab Imperatoribus vendi solere, *l.* 4. *§.* 2. *de stat. hom.* Qui prædam ab hostibus captam surripuit, lege peculatus teneri, *l. pen. ad leg. Jul. pec.* In corpore Canonum, distribui prædam publico arbitrio, *c. dicat aliquis, c.* 23. *q.* 5. Apud alios, manubias, id est, pecuniam ex venditione prædæ redactam per quæstores inferri

ferri in ærarium, Gell. *lib.*13. *c.* 23. Vellej. *lib.*2. Cic.3. *epist.*7. Quæ omnia arguunt, ipsi populo, non singulis qui capiunt, res hostium acquiri. Et de agro ex hostibus capto omnes consentiunt, eum fieri publicum, sive populi. Sed quod attinet ad res mobiles, & se moventes, plerique putant, has primò ac jure ipso fieri singulorum, qui manu capiunt: cæterum Duci assignandas, qui inter milites distribuat, Bart. *in l.*28. *de capt.* Alex. & Jas. *in l.*1. *de acquir. poss.* Covar. *in c. peccatum, p.* 1. §.2. *n.*6. *de reg. jur. in* 6. Alii censent, hæc simpliciter acquiri singulis capientibus, Vacon. à Vacun. *lib.*2. *cap.*25. Cujac. 19. *obs.*7. Merenda simpliciter populo aut Principi, cui bellum geritur, *lib.*2. *contr.* 22. Sed nulla harum sententiarum probanda. Potuit sanè consensu gentium utrumvis constitui, ut aut capta populo bellum gerenti, aut cuivis, qui manu caperet, in dominium cederent: sed
1 quid voluerint quærimus. Id verò nos docet Paulus ex Nerva filio, *l.*1. §. 1. *de acq. poss.* nimirum, jure gentium res hostium hostibus esse non alio loco, quàm quo sunt res nullius, ac proinde eorum fieri, qui primi earum possessionem nacti sunt. Non distinguunt in hoc negotio inter res mobiles & soli; neque distinguere debuerunt. Nam quæ nullius sunt, sive immobilia sint, sive mobilia, semper fiunt capientium; sed tam eorum qui per alios, quàm qui per se capiunt: neque enim servi tantùm aut filiifamil. sed & liberi homines, qui venando, aucupando, piscando, margaritas legendo, operam suam addixerunt, statim ejus quod ceperunt, possessionem & dominium aliis acquirunt, iis scilicet, quibus operam navant: quippe quæ naturaliter acquiruntur, non modò per nosmetipsos, sed etiam per quemlibet alium, cujus ministerio utimur, acquirere possumus; locumque hic habet, quod dicitur, nihil interesse, utrum per se quis faciat, an per alium, *l. ea quæ* 53. *hoc t. l.* 1. §. *per procuratorem* 20. *leg.* 3. §. 1. *de acq. poss.* Sic apud Græcos, qui in Olympiis certabant, præmia acquirebant iis, à quibus mittebantur. Igitur res expedienda est cum D. Grotio 3. *de jur. bell.* 6. *n.*10. & D. Tuld. *in comm. hic c.* 29. distinctione facta inter actus verè publicos belli, & inter actus privatos, qui fiunt occasione belli publici; ut dicamus, per illos actus res acquiri populo, per hos primò ac directè privatis. Res soli, nisi publi-
2 co actu, inducto exercitu, impositis præsidiis, capi non solent: & ideo, ut Pomponius respondit, publicatur ager, sive publicus fit populi, qui ex hostibus captus sit, *l. si captivus* 20. §.1. *de capt.* Solebant autem Romani, ut hoc obiter addam, agros ex hostibus captos aut totos publicare, aut partiri in victorem populum, aut per censores locare; interdum modico veteri possessori honoris gratia relicto, aut distrahere, aut assignare veteranis, aut certum iis vectigal imponere; quarum rerum passim in legibus, historiis, & agrimensorum commentariis testimonia extant, vid. *l.*15. §. 2. *de rei vind. l.* 11. *de evict.* consule porro Brisson. 4.*select. ant.*1. Pet. Fabr. 2. *sem.* 3. & 4. Connan. 3. *com.*5. Mobilia verò & se 3
moventia aut in ministerio publico capiuntur, aut extra illud. Priore casu etiam illa populi fiunt, cui hic singuli ut ministri operam navant, nam ut Ducibus exercitus prædæ dispensandæ aliquod arbitrium concessum fuerit, tamen actus sui rationem debebant populo: de quo latè Grot. *ubi sup. n.* 15. Posteriore autem fiunt singulorum capientium, quia quod extra actum publicum capiunt, non intelliguntur capere ut ministri. Atque huc referendum est illud Cel. *l.transfugam* 51. §.1. *hoc tit.* *Quæ res hostiles apud nos sunt, non publicæ, sed occupantium fiunt.* Quæ apud nos sunt, hoc est, bello exorto, apud nos deprehenduntur. Nam idem & in hominibus observabatur. Quam in rem insignis est locus Triphonini *l. in bello* 12. *pr. de capt.* *Verùm in pace*, inquit, *qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo fato* (ita legendum, non *suo facto*, ut habent libri) *deprehenduntur.* Fato hoc ascribit Jurisconsultus, quia nullo suo merito in servitutem deveniunt: nam fato hujusmodi adscribere translatitium est. Tale illud Nævii: *Fato fiunt Romæ Metelli Consules* Hinc etiam est, quòd si quid milites capiunt non in procinctu, aut in eo quod facere jubentur, sed in eo quod promiscuo jure, aut solo permissu faciunt, id sibi statim acquirunt: capiunt enim non ut ministri. Talia sunt spolia quæ detrahuntur hosti in dimicatione singulari. Talia quoque, quæ procul ab exercitu in liberis & injussis excursibus capiunt. Nunc verò passim usurpatur, ut in direptionibus oppidorum & præliis suum quisque facit, quod cepit: in excursibus verò capta omnia fiant eorum, qui in comitatu sunt, inter ipsos pro dignitatis ratione partienda. VINN. Magnum hic discrimen inter militiam lectam & mercenariam, itemque eam quæ stipendia meretur, & quæ suo sumptu militat spe prædæ. Sed de his alii. Id quæritur, an occupatio bellica verè sit modus adquirendi? Sanè enim, quod meum sit, ab alio non potest sine injuria eripi, quum tamen

men hosti semper jus sit, rem suam à me occupatam recuperandi. Dicendum itaque videtur, occupationem bellicam modum adquirendi esse ratione tertii; non ratione ipsius hostis, nisi accesserit hujus renunciatio in conditionibus pacis. HEIN.

Ut liberi homines in servitutem) Hoc etiamnum in Lusitania aliisque locis Turcorum imperio vicinis observatur. Cæterum Christianarum pæne omnium gentium velut mutuo consensu comparatum est, ut capti etiam in bello justissimo libertatem retineant, eosque tamdiu dumtaxat retinere liceat, donec pretium redemptionis exsolverint; quod *lib.* 1. memini me fusius explicasse.

Pristinum statum recipiunt) Igitur & ingenuitatem, quamvis apud hostes manumissi sint; nam ratio postliminii efficit, ut hic quoque locum habeat, quod sæpissimè constitutum est, natalibus non officere manumissionem, §. *ult. sup. de ingen.*

TEXTUS.

De occupatione eorum, quæ in littore inveniuntur.

18. *Item lapilli, & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.*

COMMENTARIUS.

ACquisitionis naturalis & quidem occupationis species est & inventio. Ea pro duplici objecto distingui potest in duo genera; nam aut earum rerum est, quæ nunquam nullius fuerunt, aut earum, quæ desierunt habere dominum, quales sunt thesaurus, & res pro derelictis habitæ. De priore genere hic agitur; de altero in §. *thesauros* 39. & §. *pen. inf. eod.*

Lapilli & gemmæ) Margaritæ, conchylia, corallia, cæteraque, quæ in mari aut littore maris nata, nec ab alio ante occupata inveniuntur, *l.* 3. *de rer. div. l.* 1. §. 1. *de acq. poss.* Quod autem à mari productum non est, sed à navigantibus in tempestate ejectum, vel quod naufragio fluctibus in littus expulsum est, eorum permanet, qui ejecerunt, vel naufragium fecerunt, §. *ult. inf. eod.* Inter lapillos & gemmas hoc interesse ex Servio Ulpianus refert, *l. cum aurum* 19. §. *gemmæ* 17. *de aur. arg. leg.* quod gemmæ propriè dicantur lapides pretiosi, qui natura perlucidi sunt; lapilli, qui sunt contrariæ naturæ: quod discrimen etsi non usquequaque ab aliis Scriptoribus observetur, nulla tamen ratio est, cur ob id Jurisconsultos reprehendat Valla. Vid. Alciat. *lib.* 4. *de verb. sign.* VINN. Nimirum gemmas lapillosque variè discernunt veteres. Modò *gemmæ* ipsis sunt uniones, *lapilli* alii lapides pretiosi: V. C. Bronkhus. ad Tibull. *l.* 1. *Eleg.* 9. modò gemmæ vocantur lapides pretiosi: lapilli minus pretiosi. Apul. *in Florid. p.* 346. modò gemmæ & lapilli accipiuntur promiscuè. Brod. Miscell. *lib.* 10. *cap.* 17. Sed hic non quæritur, quid alias significent hæc vocabula, sed quomodo interpretanda sint in materia de legatis. Hic JCtis aliquid permittendum fuit. Vid. omnino V.C. Carol. And. Dukerus de *Latin. JCt. p.* 299. *seq.* HEIN.

Statim inventoris fiunt) Inventio species est, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quisque hæc videre cœperit, & notare oculis, ita statim ejus fient, quod quidam putant, sed necesse est, ut possessionem eorum nanciscatur, si mobilia sint, manu apprehendat, si immobilia, ea ingrediatur, *l.* 1. §. 1. & ibi Coras. *n.* 12. *l.* 3. §. 3. *de acq. poss.* Connan. 3. *comm. c.* 3. Grot. *mar. lib. cap.* 2. Cæterum si quis non in totum præoccupaverit, sed inventorem jam apprehensioni operam dantem adjuverit; judicatum fuit, inventorem esse præferendum, Horat. Rovat. *dec. Lucens.* 23. D. Tulden. *hic c.* 13. Harum autem rerum dominium semel inventori quæsitum etiam amissa possessione retinetur, ut juris est in rebus omnibus, quæ dominio nostro subjectæ sunt: exceptis feris bestiis, quæ ubi custodiam nostram evaserint, unà cum possessione dominium nobis auferunt, quasi jure quodam postliminii in pristinam libertatem reversæ.

TEXTUS.

De fœtu animalium.

19. *Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.*

COMMENTARIUS.

QUæcumque jure gentium acquiruntur, ea diximus in summa nobis acquiri duabus rationibus: facto, & occupatione nostra; rei nostræ potestate, ac beneficio. Rei nostræ hæc vis est, ut dno nobis tribuat: fœturam, hoc est, quicquid ex ea nascitur, aut provenit; & accessionem, sive quicquid ei accedit, ita ut unitum ab ea trahatur: quæ distinctio docendi causa à nobis retinebitur. DD. vulgò utramque illam rei nostræ vim uno

ac-

accessionis nomine comprehendunt, cujus deinde duo genera faciunt: discretam, puta fœtus animantium; & continuam, veluti alluvionem. Nonnulli, inter quos Cantiuncula & Bachovius, etiam ea, quæ rebus nostris accedunt, aut ex iis nascuntur, genere quoddam occupationis nobis quæri volunt, non equidem veræ, sed fictæ & commentitiæ; quasi illa quodammodo à re nostra, & per eam à nobis occupentur. Sed nihil opus est commentis, ubi sine illis res æquè intelligi potest. Mitto, quod hæ res etiam ignorantibus nobis acquiruntur, atque adeo invitis. Præsens hic §. ad fœturam pertinet; sequentes aliquot ad accessionem.

. *Ex animalibus nostris*) *Leg.* 2. *l.* 6. *hoc tit.* Item partus editi ab ancillis nostris, §.*pen.sup. de jur. pers.* In summa quicquid res nostra ex se edit, sive ea mobilis sit, sive solida, id nobis hoc jure acquiritur: quamvis de solo fœtu animalium hic sermo. Et placet hæc statim ipso ortu nobis acquiri, etiam ignorantibus, & tantum non invitis: nimirum vi & potestate rei nostræ, sicut diximus. Planè autem eadem ratione fœtus animalium nostrorum nostri fiunt, qua nostra fiunt, quæ in solo nostro nata sunt; nimirum, ut solum ipsum hæc nostra facit, non satio ulla aut plantatio undecumque profecta, *l. qui scit.* 25. *de usur. l.* 11. *C. de rei vind.* ita & animalia & ancillæ nostræ, quia instar soli sunt, ea, quæ conceperunt, nobis pariunt: nec vis maris inspicitur, quæ similis est sato, *l.*5. §.2.*de rei vind. l.*7. *C. eod.* Atque ut fructus à solo nostro separati ideo nostri sunt, & manent, quia cùm adhuc solo cohærebant, pars soli intelligebantur, *l.*44. *de rei vind.* ita & fœtus ab animalibus nostris, & partus ab ancillis editi nostri manent, quia antequam edantur, portio sunt viscerum matris, *l.*1. §.2. *de ventr.inspic.* Adde, quod fœmina in alendo fœtu omnia confert de suo, quæ & ipsa interim à domino alenda sit. Et si igitur doctiss. Grot. 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.*18. juri naturæ magis convenire putat, ut fœtus communicetur cum domino maris, si is non ignoretur: ego tamen in veterum sententiam concedo ob rationes, quas jam memoravi. VINN. Genuina hujus juris ratio fuit, quod JCti, sequuti Stoicos, fœtum dicerent non animal, sed partem viscerum. Merill. *Observ. Lib.*1. *cap.*16. Quod principium, quamvis hodie deseramus, vel ideo tamen non sequimur sententiam Grotii, quòd fœtus nullo modo concipi potest, tamquam pars patris. Conf. Pufendorff. *Lib.* 4. *de l. N. & G. cap.*7. §.4. HEIN.

TEXTUS.

De alluvione.

20. ***Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adjiciatur.***

COMMENTARIUS.

1 *Juri alluvionis locum esse in agri arcifiniis, non in agris limitatis, aut certa mensura comprehensis.*

2 *Quid de alluvionibus juris sit in his regionibus.*

POtestate rei nostræ etiam ea jure gentium acquirimus, quæ rebus nostris ita accedunt, ut iis cohæreant, atque ab iis trahantur: unde hoc genus acquisitionis accessio appellatur. Accessio hæc contingit, vel facto & opera hominis, de quo genere *inf.* §. *si tamen* 26. & multis *seqq. eod.* vel citra eam, naturali operatione & beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis acquiruntur; quæ latenter per alluvionem à flumine agris nostris adjiciuntur; quæ aperta vi fluminis de alieno avulsa cum prædio nostro unita sunt, insula in flumine nata; alveus à flumine relictus; quæ & totidem §§. ordine explicantur ex Cajo *l.*7. §. *præterea* 1. *& seqq. eod.* & primum quidem genus in textu proposito. In Cod. etiam tit. est *de alluvionib.*

Agro tuo) Arcifinio, scilicet, qui non alium finem ea parte habet quàm naturalem, id est, ipsum flumen: nam agros limitatos alluvionem non habere, disertè traditum est *l.in agris* 16. *eod. & fac. leg.* 1. §. *si insula* 6. *de flum.* 1
Quantum autem ex *d. l.*16. colligere licet, ager limitatus dictus fuit ager ex hostibus captus, & deinde à populo vel Principe privatis ita possidendus datus, ut certis limitibus sive finibus jus possessoris circumscriberetur: ut sciretur, quod extra hosce fines esset, id publicum manere: sive quod accrevisset postea, id populo accrescere, vid. Don.4. *comment.* 27. Giphan. ad *d. l.*16. Connan.3. *comm.* 5. qui hunc locum præ cæteris illustrat ex Aggen. & Jul. Frontino *de qualit. agror. & controversia limit.* Limitatis agris similes sunt, qui certa mensura comprehenduntur; parisque in hac re juris cum limitatis esse debent, ut jus alluvionis non habeant, cùm possessores eorum ultra assignatum modum nihil possidere possint,

ſint, Connan. *d. loc.* Grot. 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 12.

Flumen adjecit) Ad differentiam lacuum & ſtagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoſcitur. Etenim ut ſola flumina fluxum & motum naturalem habent, quo fit, ut ripas ſuas & terminos ſæpè mutent; ita & ſola alluvionem admittunt. Lacus autem & ſtagna licèt interdum creſcant & decreſcant; tamen quia terminos ſuos retinent, alluvionem natura non recipiunt, *leg. lacus* 12. *eod.*

Incrementum latens) Alluvionem dicit eſſe incrementum latens, cùm quid ita paulatim & obſcurè prædio noſtro adjicitur, ut ſenſu percipi non poſſit, quantum quoque temporis momento alterius prædio detrahatur, & adjiciatur noſtro, *αὔξησιν ἀνεπαίσθητον*. Ex quo creſcit hujus acquiſitionis æquitas: nimirum quod quæ alluvione accedunt, ita lentè & obſcurè detrahantur, ut intelligi non poſſit, ſi forte de his reſtituendis quæratur, quorum prius fuerit, aut quibus detracta. De alluvionibus ex profeſſo ſcripſerunt Bart. *p.* 1. *tractat. Tyberiad.* & Baptiſta Aymus tribus libris. In hac regione quid de alluvionibus juris ſit, certa aut generali definitione comprehendi non
2 poteſt. Principis nomine contenditur, alluviones ut ſequelas & appendices fluminum jura eſſe ſolius fiſci. Alii contra id negant, eſtque hæc res admodum dubia propter diverſitatem conſuetudinum & rerum judicatarum. Planè in meridionali parte Hollandiæ nemo pridem repertus eſt, qui jus alluvionis ſibi vindicaret, niſi qui diceret, id à Principe ſibi eſſe conceſſum, ut agrum aſſignatum eo jure, quo Princeps eum habebat, id eſt ad flumen uſque: uti olim judicatum eſt de agris ad Moſam & Iſalam ſitis, quia & in litteris mancipationum & in libris cenſualibus ſemper dicti erant ad flumen pertingere. Illud conſtat, agros, qui à Principe alicui conceduntur, certa menſura definiti, jus alluvionis non habere, & quod extra eam menſuram alluvione accedit, id acquiri fiſco. In Zelandia vaſſalis de alluvionibus non movetur controverſia, ne iis quidem, qui de civilibus tantùm judices dant: propterea quod cum juriſdictione ſimul acceperunt agrorum univerſitatem, ſalvo eo, quod privatis competit. Nam quoniam hi agri olim populi aut Principis fuerunt, aut à Principe ſiccati, vaſſalli idem juris conſequuntur, quod populus aut Princeps habuit, vid. Grot. 2. *manud.* 9. & *lib.* 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 12. & 15. add. Groenevv. *de legib. abrog. hic.*

TEXTUS.

De vi fluminis.

21. *Quod ſi vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam eſt, eam tuam permanere. Planè, ſi longiore tempore fundo viciní tui hæſerit; arboreſque, quas ſecum traxit, in eum fundum radices egerit; ex eo tempore videntur vicini fundo acquiſitæ eſſe.*

NOTÆ.

21. *Tuam permanere*) *Leg.* 7. §. 2. *D. hoc tit.* Ratio eſt, quia manet eadem ſpecies, nec tua culpa aut negligentia, ſed violentia fluminis avulſa eſt.

Radices egerint) Quod eſt argumentum coalitionis. Cæterùm etſi nulla arbor in parte detracta fuerit; tamen poſtquam ea coaluit, & unitatem cum terra noſtra fecit, noſtra eſſe incipit, *l.* 9. §. 2. *D. de damn. inf.*

COMMENTARIUS.

1 *In calce hujus* §. *pro* videntur acquiſitæ, &c. *omnino legendum eſſe numero ſingulari*, videtur acquiſita, &c.

2 *An poſtquam pars detracta coaluit, adhuc priori domino ſuperſit actio ad pretium conſequendum.*

PRoponitur hic altera acceſsionis ſpecies, quæ à flumine eſt, & earum rerum, quæ non latenter, ſed vi fluminis aperta alieno prædio detractæ & in vicinum invectæ ſunt. Hæc à ſuperiore illa multum differt. Nam ſi pars terræ integra à vicino agro vi fluminis avulſa ſit, & noſtro prædio adjecta; ea non ſtatim nobis acquiritur, ut acquiruntur quæ latenter flumen adjicit per alluvionem, ſed quamdiu nondum coaluit, & unitatem cum terra mea fecit, manet ejus, cujus ante fuit: quia manet eadem ſpecies ſeu idem individuum, ut loquuntur, aut ut clarius loquar & noſtro more, quia cùm nondum coaluit, partem prædii mei non facit, ut ei cedere debeat. Ubi verò coaluit, & tamquam trabali clavo agro meo affixa eſt; jam ut pars fundo meo cedat neceſſe eſt, & mihi jure acceſsionis acquiritur. Hujus igitur acquiſitionis flumen ex parte tantùm cauſa eſt, & remotior: proxima & potiſsima coalitio.

Videntur vicini fundo acquiſitæ) Locus mendoſus eſt, & reſtituendus ex Pand. Florentinis, 1

in

in quibus legitur numero singulari, *videtur vicini fundo acquisita*, *l.* 7. §. 2. *hoc tit.* quam lectionem flagitat ipse contextus, cùm si numero plurativo legas, mutetur subjectum quæstionis. Non enim de arboribus cum parte fundi avulsis & translatis quæsitum fuit, sed de parte avulsa dumtaxat, & prædio alieno adjecta; cùmque hac avulsione Justinianus & Cajus initio negent, partem illam statim amitti aut acquiri; quis non videt, quod mox subjiciunt de acquisitione, ubi pars detracta cùm prædio, cui adjecta est, coaluit, de partis ipsius, non de arborum, si quæ forte simul avulsæ & translatæ fuerint, (quamquam & ipsæ jus partis adjectæ sequuntur) acquisitione esse intelligendum? Et quid si nulla arbor in parte detracta fuerit? An dicemus, partem detractam sine arboribus coalescere & uniri cum prædio, cui adjecta est, non posse? An verò coalitionem hanc non mutare causam dominii? Quorum alterum manifestè falsum est: alterum falsum esse ex Alfeno nos docet Ulp. *l.* 9. §. 2. *de damn. inf.* Quæ, mirum est, Cujacium, Hotomannum, Pacium, aliosque, qui hunc locum πληθυντικῶς, ut vulgo legitur, legendum etiam contendunt, non considerasse. Igitur ut rem in pauca conferam, portio fundi, ita uti diximus detracta & nostro fundo adjecta, si tamdiu fundo nostro adhæserit, ut coaluerit cum eo, & quod argumentum est coalitionis evidentissimum, arbores, quas forte secum traxit, in fundum nostrum radices egerint; ex eo tempore nobis quæsita
2 intelligitur. Alia quæstio est, an post coalitionem adhuc aliqua actio supersit priori domino saltem pretii consequendi gratia, cùm iniquum videatur, quemquam locupletari cum alterius damno, quod sine culpa ejus contigerit: ut in proposito, in quo quæritur de parte agri non negligentia possessoris amissa, sed abrepta violentia fluminis, hoc est, vi majore, ne quis possessori objicere possit, quòd ripam suam tueri debuit. In contrarium tamen dici potest, partem abreptam, non statim ut abrepta est, & in fundum meum licèt munere quodam fortunæ appulsa, meam fieri: sed post longum demum tempus, postquam tamdiu hæserit, ut jam cum terra mea unita sit; ac proinde ut prior possessor causetur violentia amnis, objici tamen ei posse, quòd partem avulsam, cùm posset, non vindicaverit, sed tamdiu passus sit eam hærere fundo alieno, ut tandem cum eo coaluerit, & unum facta sit, ut ipse quoddammodo eam alienasse videatur, sicut de eo responsum est, qui rem suam patitur usucapi, *l. alienationis* 28. *de verb. sign.* ita ferme & D. Tulden. *hic cap.* 26. Planè qui facto alieno rem suam hoc jure inviti amiserunt, iis succurri solet, vel utili actione in rem, *l.* 5. §. 3. *de rei vind. l. qua ratione* 9. §. 2. *hoc t.* vel, quæ actioni in rem subsidiaria est, actione in factum, *l. in rem* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind.* pretii nimirum consequendi causa. Atque ita propemodum hæc quoque explicaverunt antiqui, teste Jo. Fabrot. Glossa in *d. l.* 5. §. 3. *de rei vind.* parum sibi constat.

TEXTUS.

De Insula.

22. *Insula, quæ in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. At insula in flumine nata, (quod frequenter accidit) si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit. Quod si alteri proximior sit parti, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam Insulæ redegerit; ejusdem permanet is ager, cujus & fuerat.*

NOTÆ.

22. *Occupantis fit*) *D. l.* 7. §. 3. *hoc tit.* juxta regulam. *Quod ante nullius est, &c.*

Siquidem mediam partem, &c.) Insula in flumine nata communis est eorum, qui utrinque finitima prædia possident pro cujusque prædii fronte ac modo, *d. l.* 7. §. 3. dum ne agri sint limitati, *l.* 1. §. 6. *de flum.*

Alteri parti proximior) Si insula cis aut ultra medium amnem enata sit, si quidem contra frontem unius prædii, cui propior est, toto acquiritur hujus fundi domino; si ita ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundùm eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *d. l.* 7. §. 3. *l.* 29. *l.* 30. *l.* 56. *eod.*

In formam insulæ) Ποταμῷ κύκλῳ περιῤῥέοντος. Igitur ager non mutat causam proprietatis circumluvione, *d. l.* 7. §. 4. *l.* 30. §. 3. *eod.* Sed & insula, quæ alveo non cohæret, huc non pertinet *l.* 65. §. 2. *eod.* ubi in §. *ult.* pro *si id*, lege *non si id*, ut præcedentia evincunt. V. Accurs. ibid.

COMMENTARIUS.

1 *Cur raro accidat, ut in mari insula nascatur.*

2 *Cur*

2 *Cur frequenter in flumine?.*
3 *Insulam in flumine natam non publicam esse, sed privatam vicinorum possessorum.*
4 *Nec tantum proprietate, sed etiam usu.*
5 *Pro qua parte cuique vicinorum acquiratur.*
6 *Non occupationis, sed accessionis jure acquisitionem defendi.*
7 *Mores hodiernos hic variare.*

Tertium rerum genus, quod jure accessionis acquirimus, est insula in flumine nata vado cohærens: de qua specie acquisitionis ex professo tractatur hoc §. Adspergitur initio aliquid de acquisitione insulæ in mari natæ, uti & apud Cajum *l.* 7. §. 3. *eod.* unde hic locus sumptus est, sed per occasionem dumtaxat; nec huc pertinet, sed ad primum genus acquisitionis juris gentium, occupationem.

1 *Quod raro accidit*) Partim, ut credibile est, propter nimiam maris altitudinem, partim propter perpetuam æstuum reciprocationem; unde fit, ut nec locus alvei marini facilè siccus relinquatur, nec pars alvei extra mare attolli possit: nam si quid accessu attollatur, id recessu iterum dejicitur & complanatur, efficitque jugis ista reciprocatio, ut eamdem faciem fundus maris semper retineat. Terræ tamen motu interdum insulas in mari repente emergere testatur Plinius, veluti paria secum faciente natura, quæque hauserit hiatus, alio loco reddente: interdum eodem motu recedente maris novas terras in continente nasci, cùm idem ille spiritus attollendo potens solo non valet erumpere; *lib.* 2. *nat. hist. cap.* 85. & *seqq.* Grot. *flor. spar. hic* Fabrot. *ad Theoph.*

2 *Quod frequenter accidit*) Plinius *d. cap.* 85. scribit, fluminum invectu id fieri: nimirum quia flumina fere limosa sunt, & multis plerumque locis vadosa, sæpe accidit, ut limus, quem secum trahunt, & alia limo illita vado hærescant & adglutinentur, quibus paulatim auctis, locus ille alvei tandem supra flumen eminere incipiat. Livius *lib.* 2. *c.* 5. refert, cùm Romani mediis caloribus campi Martii segetem messi maturam & cum stramento desectam (quia religiosum erat consumere) in Tiberim tenui tum aqua fluentem effudissent, insulam inde enatam esse firmam templis quoque & porticibus sustinendis. Sed neque constans est fluminis cursus, sicut est maris; neque ut mare fluxum & refluxum habet. Quæ omnia consideravit Pomponius *l. ergo* 30. §. 2. *hoc tit.* cùm scribit insulam in flumine fieri tribus modis; uno, cùm agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit, altero, cùm locum aliquem, qui alvei esset, siccum relinquit, & circumfluere cœpit; tertio, cùm paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, eumque alluendo auxit. Ad hæc aliquando evenit quod Paulus notat *l. pen.* §. 2. *eod.* ut ex virgultis aliave qualibet levi materia in superficie fluminis concrescente insula existat, quæ ita sustineatur in flumine, ut solum ejus non tangat.

Si quidem mediam partem, & quæ sequuntur) Tria fere sunt, quæ de acquisitione insulæ in flumine nascentis quæri possunt; cui, quatenus, & quo jure, seu qua juris ratione acquiratur. Cæterum sciendum est, non de omni insula, quæ in flumine nata aut à flumine facta sit, hæc quæri: sed de ea dumtaxat, quæ nata aut facta sit in alveo aut ex alveo fluminis. Nam primò causam proprietatis non mutat is ager, qui cùm alvei non esset, ab amne circumfluo, Ποταμῷ κύκλῳ περιρρέοντος, in formam insulæ redactus est, *l.* 7. §. 4. *d. l. ergo* 30. §. 2. *hoc tit.* & *hoc* §. *in fin.* Deinde quæ in flumine nata est forte ex virgultis aliave materia, quam temere flumina ferunt, ita ut alveo non cohæreat, ea publica est, & ejusdem fere juris, cujus est ipsum flumen, *d. l. pen.* §. 2. *eod.* In Artesia non procul à fano S. Audomari lacus est, in quo insulæ aliquot fluitantes funiculo arboribus alligato, aut contis, quo libeat, impelluntur, attrahunturque, in quibus etiam boves aliæque pecudes pasci possunt. Quales & in Lydia, quas Calaminas vocabant, fuisse Plin. *lib.* 2. *cap.* 95. *nat. hist.* memorat. De sola igitur ea insula, quæ alveo fluminis cohæret, sive lenta colluvione in eo enata sit, sive circumluvione partis, quæ alvei esset, facta, quæritur primum, cui ea jure gentium acquiratur. Et ait Justinianus hic post Cajum, *d. l.* 7. §. 3. *eod.* eam fieri privatam eorum, 3 qui prope flumen, in quo nata est, prædia possident; quod & Pompon. affirmat, *d. l. ergo* 30. §. 2. *eod.* & Ulp. *l.* 1. §. *insula* 6. *de flum.* satisque intelligitur ex iis, quæ disputantur à Paulo *l. inter.* 29. & Proculo, *l. insula* 56. *hoc tit.* Cui tamen sententiæ contrarium est, quod apud Labeonem, *l. pen.* §. *ult. eod.* vulgo sic legitur: *Si id, quod in publico innatum aut inædificatum est, publicum est; insula quoque quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.* Sed cum hoc è diametro pugnet cum superioribus locis, adeoque cum iis quoque, quæ ipse Labeo de proprietate insulæ differit in §§. *præced. d. l. pen.* quid dubitamus cum Hotomanno *lib.* 1. *obs.* 20. asserere, locum istum depravatum esse, & legendum: *Non si id, quod in publico innatum, &c.* ut hic sit sensus; quamvis id, quod in publico

co nascitur aut ædificatur, publicum fiat; (de ædificio in publico posito id testatur Ulpian. *l.* 2. §. *si quis* 17. *ne quid in loc. publ.* nam ideo solarium ei imponitur) tamen insulam in flumine publico natam publicam non fieri, sed privatam; quod ipse Labeo jam aliquoties ante dixerat. Hotomannum temeritatis arguit Cujac. 14. *obs.* 11. Sed ego Accursium etiam invenio testantem, eodem ferme modo legi & in veteribus nonnullis exemplaribus; atque ut hac auctoritate destituamur, non aliam lectionem admittit ratio juris, à qua toto cœlo aberrat Cujac. *d. loc.* eumque secutus Pac. *cent.* 6. *qu.* 93. quamquam uterque de usu tantùm Labeonem intelligit; de quo mox. Sunt qui hunc Labeonis locum accipiunt de eo casu, quo prædia prope ripam publica, puta si insula nascatur in Tyberi, eo alvei loco, quo Romam interfluit. Sed argumentatio Labeonis hujusmodi restrictionem non videtur pati. Planè in agris limitatis huic acquisitioni locus non est, quia nec alluvioni, sed occupantis insula fit, *leg.* 1. §. *si insula* 6. *de flum.* Videamus nunc, insula in flumine nata quatenus vicinis possessoribus acquiratur. Et de eo duplex quæstio est; una, utrum proprietate dumtaxat, an vero etiam usu; altera, pro qua parte cuique vicinorum acquiratur, quæ pluribus communiter acquiritur. Ad primam
4 quod attinet, sic omnino habendum, insulam in flumine publico natam, si vicina prædia alluvionis jus habent, non proprietate tantùm, verùm usu etiam dominis vicinorum prædiorum acquiri, ideoque eos solos sementem in ea facere, arbores plantare, fructus ibi natos percipere posse: nec si quid aliud in ea faciant, aut quid in eam immittant, id in publico ut in ripa fieri intelligi, *d. l.* 6. *leg.* 1. §. *si insula de flum.* Et verò si usum Insularum publicum esse volumus, inutilis prorsus futura est eorum proprietas, *d. l. pen.* §. 1. neque quisquam est veterum, cui aliud in mentem venerit. Nam quod Paulus Labeonem reprehendit, quòd scripserit, in insula fluminis, quæ propria nostra est, nihil esse publici, id non videtur satis bona fide facere: ut alibi nonnunquam, *l. ult. de leg. Rhod. l. ult. de usuc. l. pen. de furt.* Pet. Fab. *ad l.* 145. *de reg. jur.* Neque enim Labeo ignoravit, partes insulæ extremas, quæ vicem riparum circumcirca obtinent, usu publicas esse, ut juris est in continente: sed de insula respondit, non considerata insulæ ora extrema. Quid quod Paulus hac ipsa reprehensione tacite fatetur, verum esse quod Labeo dixerat cum crepidinem dumtaxat excipit, cujus usum ut riparum publicum esse dicit, videlicet ut naves eò appellere, retia ibi siccare, funes arboribus ibi natis religare, aliaque id genus facere sicut in ora continentis, cuique liceat? quod Labeo non negaverat. Alterum, quod hic quæritur, est, pro qua parte insula vicinorum fiat. Et siquidem in medio fluminis alveo enata sit, 5
communis fit eorum, qui prope utramque ripam possident: sin cis, aut ultra medium amnem, siquidem contra frontem unius prædii, cui proprior est, tota acquiritur hujus prædii domino; sin ita ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundùm eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *hoc* §. & *d. l.* 7. §. 3. *eod.* Communem autem fieri insulam cùm dicimus, non intelligimus, eam communem fieri pro indiviso uti solemus, cùm propriè loquimur, *l.* 5. *de stip. ser. l.* 5. §. *ult. de reb. eor. qui sub tut.* sed regionibus divisis pro fronte, hoc est, latitudine cujusque fundi, quæ prope ripam sit; ut tantum quisque in ea habeat certis regionibus, quantum ante cujusque eorum ripam esse, linea id directum per insulam transducta apparebit, *l. inter eos* 29. *hoc tit.* Et quia frontem, non interiorem latitudinem, hic spectari placet, rectè respondit Pompon. *d. l. ergo* 30. *pr. hoc tit.* Si interiorem partem fundi, ad cujus frontem insula, quæ accrevit, non respicit, vendidero, nihil ex ea insula pertinere ad emptorem: nimirum quia nec ab initio quicquam ejus futurum fuerat, si jam tum, cùm insula nasceretur, partis venditæ dominus fuisset. Enim verò, quod insulæ meæ postea accedit, id incrementi, etiam si faciem insulæ mutet, meum tamen est, quia rei meæ accedit; ut ecce, insula contra frontem agri mei enata est, cujus latitudo non excedit regionem prædii mei, postea alluvione paulatim aucta processit contra frontem superioris & inferioris vicini, vel etiam proprior esse cœpit adversæ ripæ: quod alluvione postea accessit, id meum est, & ita Proculus respondit, *l. insula* 56. *eod.* Similem rationem habent quæ Paulus disputat, *l. pen.* §. *pen. eod.* & idem Proculus *d. l. insula* 56. §. 1. Hoc igitur constituto, insulam in flumine natam dominis vicinorum acquiri; restat ut videamus, qua juris ratione iis acquiratur. Nam video esse, qui jure quodam occupationis hoc fieri existimant; quod primi eam occupaturi videantur. Sed hoc nullo modo admitti de- 6
bet, alioqui eadem ratione dicendum esset, etiam insulam in mari natam eorum fieri, qui prope littus prædia possident, & in flumine natam etiam eorum, qui ad ripam possident

agros

agros limitatos; quod utrumque falsum esse constat. Ergo non aliam hujus acquisitionis rationem esse arbitror, quam quod insula alvei pars sit, alveus pars censeatur vicinorum prædiorum; ac proinde ut alveus totus nudatus vicinis acquiritur, ita & partem ejus nudatam, id est, insulam in eo natam iisdem acquiri, jure scilicet accessionis. Et insulam quidem partem alvei esse constat. At absonum videri potest, quod alveum partem esse dicimus vicinorum prædiorum, cùm alveus publicus sit eodem jure, quo ipsum flumen, *l. 1. §. simile 7. de flum. §. seq. inf. hoc tit.* ut contra potius dicendum videatur, insulam quoque, quæ alvei pars est, publicam fieri oportere. Sed sciendum est, alveum non simpliciter publicum esse, sed quatenus à flumine tenetur, eoque per flumen populus utitur, nudatum flumine privatum fieri vicinorum: nihil autem interesse, ut Pomponius huic objectioni occurrens respondet, utrum de alvei solo mutato, an de eo, quod superfusum solo & terræ sit, quæratur, hoc est, utrum quæratur de toto alveo mutato & à flumine relicto, an de insula in alveo nata; quippe sufficere, ea parte, qua insula extitit, alveum à flumine non teneri, *d. l. ergo* 30. §. 1. & 2. Neque verò flumen interfluens impedit, quominus insula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis quàm via publica inter alveum & vicina prædia interjecta impedit, quominus alveus siccatus acquiratur his, qui secundùm eam viam possident, *l. Attius* 38. *eod.* Etenim ut via publica pars prædii vicini existimatur, *d. l. Attius* 38. *in fin.* ita & alveus intermedius flumini subjectus. Atque hoc manifestissimum argumentum est, alveum etiam tum, cùm adhuc à flumine occupatur, partem quadamtenus censeri vicinorum prædiorum. Æquitatem porro hujus acquisitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci insula occupat; tantum de locis finitimis flumen decerpit, iisque solis detrimento est, in quorum agros cursus ejus depellitur. De insula extra tractatus Bartoli, cujus in dimetiendo errores notarunt Mathematici. Buteo in *lib. de fluv. insul.* & Magius 4. *miscel.* 2. add. Cæpoll. *de serv. rust. præd. c.* 33. Apud
7 nos, quamquam videri poterat, insularum in flumine natarum eadem propemodum ratio esse, quæ est ejus, quod per alluvionem adjicitur, certius tamen hic est jus fisci quàm in alluvione, teste D. Grot. 2. *manuduc. c.* 9. Nec mirum, cùm & alvei exsiccati eadem fere quæ alluvionis ratio sit; quem tamen constat Principi olim, assignatum fuisse, ut pleraque alia ἀδέσποτα, idemque in Gallia quoque observari, ex Bern. Autom. refert Christ. *vol.* 4. *dec.* 86. *n.* 7. In agro tamen Putteno ex veteri consuetudine prædio alluvionem habenti accedit id, quo possessor pedes gladium exsertum tenens pertingere potest. In Geldria moris est, ut vicinis possessoribus acquiratur id, quod plaustro onerato adiri potest; addita tamen occupatione; alioqui fiscus prævertere potest, D. Grot. *d. loc.* VINN. Rationem juris Romani rectissimè explicavit Vinnius. Si enim totus alveus derelictus privatorum sit, ut est in §. 23. non poterant non inferre JCti, & partem alvei flumine nudatam, id est insulam vicinorum fieri. At si de jure naturali quæstio est: aliter videtur statuendum. Partes enim ex vicinis agris avulsæ, ex quibus insula facta est, sunt nullius, non amplius vicinorum. Quum itaque accedant rei publicæ, id est flumini, insula quoque erat publica. Et ita pronuntiari solet in Germania. Si flumen duo territoria separat: servatur definitio juris Romani. Conf. Schilt. *Exerc.* 4 §. 19. HEIN.

TEXTUS.

De Alveo.

23. *Quòd si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit; prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen est, id est, publicus. Quòd si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.*

NOTÆ.

23. *Quòd si naturali alveo*) Ex *dict. l.* 7. §. 5. *eod.* in agris limitatis nec hoc obtinet, *l. 1. §. 7. de flum.*

Rursus novus alveus) Postulat hoc stricta ratio: sed æquitas sæpe aliud suggerit; & hoc significat Caj. *d. l.* 7. §. 5. cum ait vix esse, ut hoc obtineat. Obtinet tamen aliquando, quod ex circumstantiis judicandum. V. *d. l.* 30. §. 3. *leg.* 38. *h. t. l.* 23. *quib. mod. us. am.*

COMMENTARIUS.

1 *Alveum fluminis extra usum publicum existimari partem vicinorum prædiorum; & ideo siccatum prædiis cedere.*

 2 *Si*

2 *Si vicini agri limitati sint, primi occupantis alveum desertum fieri.*

3 *Pars alvei siccati quando apud nos privatorum fiat.*

4 *An aliquando priori domino alveus flumine iterum recedente restituendus?*

QUartò & postremò eodem jure & ratione proximis possessoribus pro modo latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit, adjicitur alveus à flumine relictus: nempe vi & potestate prædiorum, quibus ipsis hæc acquisitio tributa propter vicinitatem
1 & propter prædia, prædiorum dominis. Atque ut hic quoque paucis rationem hujus juris & acquisitionis tibi explicem, dixi paulo ante, alveum fluminis extra usum publicum à veteribus existimatum fuisse partem prædiorum vicinorum, quasi olim iis detractum; argumento esse, quod placet, insulam manente adhuc alveo in flumine natam vicinorum esse: quod profectò non fieret, nisi alveus, cui insula cohæret, & ipse vicinorum prædiorum pars intelligeretur: nam prior est alvei ratio quàm Insulæ, quæ conditionem alvei ut pars ejus sequitur. Ad hanc sententiam confirmandam Don. 4. *comm.* 28. & Bachov. hic afferunt locum Pomponii *l. ergo* 30. §. 1. *hoc t.* Et sanè quidem rectè; sed non video comparationem illam similium, qua, quod illi fingunt, Pomponius utatur, conferens alveum cum ripa, aut solum alvei cum ripæ solo. Simplex est Pomponii sententia, ripæ solum privatum esse; eorum scilicet, qui prope ripam habent proprium: usum autem ejus publicum intelligi: & ideo cùm exsiccatus est alveus, proximorum fieri, hoc est, solum ripæ etiam usu proximorum tum esse incipere, quia jam populus eo non utatur, nempe solo ripæ, de quo sermo institutus erat. Cæterum ratio hujus consolidationis non magis ad ripam quàm ad alveum pertinet. Nam ut usus ripæ, licèt ea privata & vicini prædii pars sit, publicus est, propterea quod populus flumine uti sine ripa commodè non potest; ita & usus alvei, licèt solum ejus privatum intelligatur, & pars prædiorum, quæ ad ripam jacent, publicus est, quia sine alveo populus flumine uti non potest. Rursus uti ripæ usus exsiccato alveo ad proprietatem redit, quia jam populus ripa amplius non utitur: ita & usus alvei, quem flumen abstulit, recedente flumine ad proprietatem, quæ penitus ablata non fuit, revertitur, quia jam alveo populus amplius non utitur. Hoc interest, quod proprietatis ripæ aliqua potest esse utilitas, alvei, quamdiu à flumine tenetur, planè nulla: quæ causa est, quòd alveus non secus ac flumen ipsum publicus dicatur, *l.* 7. §. *quod si* 5. *hoc tit. l.* 1. §. *simili.* 7. *de flum.* & *hoc tex.* Juvant jus de hac acquisitione constitutum incommoda fluminum, quæ multa & magna accolæ pati coguntur, inundationes, avulsiones, agrorum, &c. quæ si vitare volent, ripas suas magno sumptu muniant necesse est. Ferant igitur & commoda fluminum, si quæ sint, juxta regulam naturalis æquitatis, *l.* 10. *de reg. jur.* Cæterum quod in præcedentibus diximus, agros 2 limitatos jus alluvionis non habere, ac proinde nec insulam prope ripam eorum natam possessoribus jure vicinitatis acquiri, sed fieri occupantis; idem etiam obtinet in alveo relicto, si vicini agri limitati sunt, *l.* 1. §. *simili.* 7. *de flum.* Apud nos, ut jam intellexi- 3 mus, alveus in totum derelictus fisco acquiritur: at pars alvei siccata, interdum privatis, si videlicet à populo, aut jus populi habente, agrum ad flumen excurrentem qua talem acceperint.

Novus alveus ejus juris esse incipit, cujus est ipsum flumen) Sicut alveus à flumine destitutus privatus fit, ita novus, quem sibi flumen fecit, fit publicus: nam impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus, ait Ulp. *l.* 1. §. *simili.* 7. *de flumin.* & *l.* 7. §. 5. Pertinet huc illud Pomponii in *d. l. ergo* 30. §. 3. *hoc tit. Flumina*, inquit, *censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum.* Cui simile est, quod apud Cassiodorum legimus *lib.* 3. *variar. Agrimensor*, inquit, *more vastissimi fluminis aliis spatia tollit, aliis rura concedit.* Ita plerumque evenit, ut alios flumen ditet, alios pauperet. Lucanus.

Illos terra fugit dominos, his rura colonis
Accedunt donante Pado.

Rursus novus alveus) Nam ager ille, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma: &, cùm prædiis, non personis hæc acquisitio tribuatur; non potest is, qui vicinum prædium nullum habet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo sibi vindicare, *d. l.* 7. §. *quod si toto.* 5. *eod.* Atque hoc quidem usque efficit stricta juris gentium ratio: sed vix est, ut id obtineat, inquit Cajus *d. loco.* Et utique non semper obtinere debet. Sæpè enim æqui & boni ratio suadet, ut priori potius domino alveus restituatur, quàm adjudicetur vicinis possessoribus. Scholiastes Theoph. κατὰ ἀκρίβειαν ἀπόλλει τὸν τόπον, κατὰ δὲ φιλανθρωπον λογισμὸν ὁ δεσπότης ἀναλαμβάνει. De quo haud facile quid certi definiri potest, sed ex circumstantiis judi-

dicandum est. Finge, flumen relicto naturali alveo agrum alicujus occupasse (sive paulatim, sive non paulatim, nihil interest) ita ut novum hic sibi alveum quæsisse videatur; deinde nec ita multo post tempore in veterem locum subito atque eodem impetu, quo perruperat, se recepisse; æquissimum est, agrum recessu fluminis restitutum ad pristinum dominum reverti, licèt formam agri impetus fluminis abstulerit, *d. l. 7. §. quod si 5. in fin. d. l. ergo* 30. §. 3. *hoc t. l. si ager* 23. *quibus mod. usufruct. am.* quia hujusmodi occupatio non longe abest ab inundatione. At si flumen non eodem impetu, quo venit, discedat, sed lentè & minutatim recedendo, alluvione in pristinum locum redeat, spatium illud alvei, quod siccum post se sensim reliquit, non videtur priori domino restituendum, sed alluvione accrescere proximorum prædiorum possessoribus, *leg. Attius* 38. *hoc tit. fac. l. 1. C. de alluv.* Atque ob hanc causam arbitror Pomponium in *d. l. ergo* 30. §. 3. *& d. l. si ager* 23. consulto expressisse hæc verba, *eodem impetu.* *Bart. tract. de alv.* Bald. *in rubr. de rer. div. col.* 9. Peregrin. 8. *de jur. fisc. num.* 59. D. Tuld. *hic c.* 25.

TEXTUS.

De Inundatione.

24. *Alia sanè causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit; neque enim inundatio fundi speciem commutat, & ob id si recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere, cujus & fuit.*

COMMENTARIUS.

1 *Inundatio quid propriè sit, & quæ ejus vis?*
2 *Quid circa inundationes apud nos receptum?*

1 INundatio propriè est, cùm flumen imbribus, vel nivibus, vel qua alia ratione auctum in vicinos campos ita se effundit, ut nec ripas nec alveum suum mutet, *l. 1. §. ripa 5. de flum.* Hoc cùm fit, ait Justinianus post Cajum, *l. 7. §. aliud sanè 6. hoc tit.* fundi proprietatem non amitti: & ideo recedente aqua, fundum, qui occupatus fuerat, non adjici vicinis possessoribus, sed ejus manere, cujus ante inundationem fuerat. Et addit hanc rationem, quia inundatio fundi speciem non commutat, quasi dicat, non ut alveo facto propriam formam ager amittit, ita & inundatione: quippe alveum fieri diuturno lapsu fluminis & lenta excavatione agri, ut jam plana ejus facies amplius non appareat: inundatione autem uno subitaneo impetu prædia invadi, atque aqua cooperiri dumtaxat, non comminui, dissolvi aut excavari, aut formam amisisse dici possunt, *d. l. 1. §. aliter 9. de flum.* Atque ut maximè summa pars agri in arenam dissolvatur, manet tamen solida pars fundi interior: & ut de qualitate aliquid mutet, substantiam non mutat non magis quàm pars agri, quæ à lacu hauritur, cujus jus non mutari certum est. Igitur ad inundationes præsertim temporales & anniversarias non pertinet, quod vulgo dici solet. *Occupatum sequitur conditionem occupantis.* Gloss. *l. pen. de rer. divis.* Non obstat *l. si agere* 23. *quib. mod. us. am.* quia non loquitur de simplici inundatione, cùm flumen retento alveo extra ripas se effundit: sed cùm deserto alveo toto impetu in agrum alicujus perrumpit, quasi novum alveum quærens, hoc casu placet proprietatem agri ita amitti, ut restituatur, si non facto novo alveo flumen se receperit, uti *in fin. sup* §. demonstratum est. Obiter addo, quamvis inundatio causam dominii non mutet, possessionem tamen nobis auferre, *l. 3. §. Labeo 17. l. qui universas* 30. §. 1. *de acq. poss.* itemque ea jura, quæ in facto personæ posita sunt, ut usum & usumfructum, *l. usufructus* 24. *quib. mod. us. amit.* sed recedente aqua hæc omnia nobis restitui, *d. l.* 24. *l. 1. §. si quis 9. de itin. act. priv.* De inundationibus, quæ crebræ apud nos sunt, hoc jure in hac regione utimur, ut derelictus 2
habeatur is ager, qui per decem continuos annos mersus fuerit, si non aliqua extent signa continuatæ possessionis; quo in genere receptum apud nos non immerito est quod Romani rejiciunt, *d. l. 23. quib. mod. us. am.* Ut si aliter nequeat, vel piscando retineri possessio censeatur. Sed solebant Principes tempus præfigere, intra quod veteres agrorum possessores siccare agros & novo aggere munire deberent: quibus cessantibus, monebantur qui in eos agros jus pignoris habebant, deinde & hi, qui jurisdictionem aut imperium: qui si omnes in mora essent, eorum jus omne ad Principem deferebatur, atque is aut ipse agros siccabat, suique patrimonii faciebat, aut aliis siccandos muniendosque dabat retenta parte D. Grot. 2. *manud. c. 9. & 2. de jur. bell.* 8. *n.* 10. *consult.* JC. *Bat. part. 2. consil.* 26.

TEXTUS.

De Specificatione.

25. *Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum natu-*

turali ratione dominus sit; utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit; ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit; aut ex alieno auro, vel argento, vel ære, vas aliquod fecerit; vel ex alieno vino & melle mulsum miscuerit; vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentum fecerit; vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellia fabricaverit. Et post multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium: si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit; eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit; si non possit reduci; eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce, vas conflatum potest ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci: vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad vinum & mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino & alieno melle mulsum miscuerit; aut ex suis & alienis medicamentis emplastrum aut collyrium; aut ex sua lana & aliena vestimentum fecerit; dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: quum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit.

N O T Æ.

25. *Media sententia*) Caji *d. l. 7. §. 7. hoc tit.* Callistrati, *l. 12. §. 1.* Pauli *l. 24. & 26. eod.* Ulpian. *l. 5. §. 1. D. de rei vind.* sic & alias Auctores nostri medium sequuntur, *l. 3. si pars hær. l. 25. D. de pign. act. §. ult. infr. de vul. subst.* imitatione Stoicorum, qui ob id Servio ercifcundi μέσην ὁδὸν τέμνοντες. VINN. Vide hic omnino Merill. *Obs. lib. 1. cap. 6.* ex quo posteriorem hanc observationem petiit noster HEIN.

Ad priorem materiam reduci) Quia tum materia non interit, sed potenter manet, *l. 24. hoc tit. l. 78. §. 4. de legat. 3.*

Si non possit reduci) Quia hic materia consumitur atque extinguitur; & locum habet illud, *Dum incipit quod non erat, desinit esse quod fuerat, l. 9. §. 3. D. ad exhib. l. 26. l. 27. §. 1. hoc tit.* Interim & domino materiæ consultum actione in factum, qua consequatur æstimationem, *l. 23. §. 5. de rei vind.*

Vinum vel oleum) Vinum & oleum sunt novæ species, quæ proprio nomine censentur, nec ad id quod esse desierunt, reduci possunt.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Etiam hunc acquirendi modum ad occupationem referendum.*
2 *Speciem novam non acquiri facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide.*
3 *Quibus rationibus moti Proculus & Sabinus diversum senserint.*
4 *Mediæ sententiæ auctorum distinctionem optima ratione niti.*
5 *Vinum & oleum non ita se habere ad uvas & olivas, ut frumentum ad spicas.*
6 *Etiam in specie facta partim ex materia aliena, partim ex materia facientis; inspiciendum, utrum ea ad priorem materiam reduci possit, necne.*

EXponitur hic alius modus acquirendi jure gentium dominii speciei novæ ex aliena materia formatio, quæ nunc vulgo uno nomine specificatio dicitur. Sunt qui hunc acquirendi modum ad accessionem referunt; sed perperam. Non enim nova illa species vi & potestate rei nostræ nobis acquiritur, cùm ex aliena materia fiat; non ignorantibus nobis aut invitis: sed nostro ipsorum facto, qui rem alienam in aliam speciem transformavimus; adeoque inconcinnum est dicere, materiam accedere formæ, quoniam hæc illam, non illa hanc præsupponit. Quapropter hic 1
modus potius occupationis quædam species videri debet; cùm id quod factum est, ideo facienti concedatur, quia ante nullius erat, & tanquam occupanti, qui suo id nomine fecit. Utique quatenus obtinet sententia Nervæ & Proculi, *l. 7. §. cum quis 7. in pr. hoc tit. l. 3. §. genera 21. de acq. poss.* Nam quatenus Sabini sententia approbata est, aut ad accessionem res referri potest, aut potius dicendum, nullam tunc fieri novam acquisitionem, cum D. Ant. Contio 1. *disp.* 12. VINN. Omnino specificatio pertinere Romanis videbatur ad accessiones, quia forma nova accederet ad materiam; vel contra materia ad formam; saltem quærebatur, forma an materia habenda sit pro principali? Proculus id adfirmabat de forma, quæ ut philosophi ajunt, dat esse rei: Sabinus materiæ plus deferebat, ex quo formam educi existimabant. Proculejani itaque Stoicos sequebantur, uti ex Sen. *Epist.* 88. acute probat Merill. *Obs. Lib. 1. cap. 21.* HEIN.

Species aliqua facta sit) Nimirum nova & diversa à priore, ex qua ut ex materia facta sit posterior: nam verbi causa, lana aliena purpura tincta, non est nova species, *l. sed si 26. §. ult. hoc tit.* neque etiam nova species exi-

existit ex duarum ejusdem generis materiarum confusione, §. *si duorum* 27. *inf. eod.* Duo autem hic à Justiniano omissa sunt, quæ, quo
2 quæstio proposita melius intelligatur, addenda duximus: unum est, si, qui speciem fecit, eam fecerit suo nomine; alterum, si eam fecerit bona fide. Primum disertè expresʃit Cajus *d. l.* 7. §. *cum quis* 7. & rationem manifestam hanc habet, quod possessio non acquiratur nisi volentibus; eorum autem, quæ facto & opera nostra acquiruntur, nihil jure gentium acquiri possit, cujus acquisitio non cœperit à naturali possessione, *l.* 1. §. 1. *de acq. poss.* Proinde si alieno nomine species facta proponatur: si ejus non erit, qui materiæ dominus fuerat; ejus erit, cujus nomine facta est, *l. nisi* 25. *l. quicquid* 27. §. 1. *hoc tit.* De bona fide, quod item hic omissum dixi, nihil quidem disertè Cajus: sed id ex eo non obscurè colligitur, quod addit hæc verba *suo nomine.* Nam qui scit materiam alienam esse, in eadem causa haberi debet, ac si nomine domini materiæ speciem fecisset, *l. de eo* 12. §. 3. *ad exhib.* cui etiam operam suam donasse intelligendus est exemplo ejus, qui sciens in alieno solo ædificavit, §. *ex diverso* 30. *inf. eod. fac. l.* 4. §. *si ex lana* 20. *de usuc. l.* 14. §. *ult. eod. de cond. furt.* Atque hæc est communis quoque DD. sententia, à qua cur D. Weiemb. & Bachovius recesserint, causam non video.

Mulsum) Οἰνόμελι, sive μελίκρατον, fit ex vino vetere, addito pauco melle. Hoc genère potionis usum se Pollio olim jactitavit annum centesimum excessisse. Nam cùm à D. Augusto hospite interrogaretur, quanam maximè ratione vigorem illum animi corporisque custodisset; respondisse fertur, *Intus mulso, foris oleo.* Plin. *l.* 22. *nat. hist. cap.* 24.

Emplastrum) Medicamentum est in massam coactum, quod igni præmollitum vulneri imponitur: ab ἐμπλάττω, subigo, versando mollio, in massam formo. Vid. Corn. Celsum *lib.* 5. *c.* 17. vulgo nunc unguentum vocant.

Collyrium) Genus medicamenti, potissimum oculorum, παρὰ τὸ κωλύειν τὸ ῥεῖν, quod fluxum impediat, & sistat. *Apocalyps. cap.* 3. *vers.* 18. Κολλύρια ἔγχρισον τὺς ὀφθαλμὺς σου, ἵνα βλέπῃς. *Collyria illine oculis.* Horat. 1. *serm. satyr.* 5.

Hinc oculis ego nigra meis collyria lippus
Illinere.

Sabinianorum & Proculianorum) Fuere etiam olim diversæ & dissidentes Jurisconsultorum familiæ, auctores Artejus Capito & Antistius Labeo: qui primi cùm velut diversas sectas fecissent, ille in iis, quæ à majoribus acceperat, perseverando; hic ingenii & doctrinæ fiducia plurima innovando, dissensionem successores eorum auxerunt, dum sui quisque magistri sententiæ tanquam oraculo religiosè adhæret. Capitoni successit Massurius Sabinus, Sabino Cassius: Labeoni successit Nerva, Nervæ Proculus. Atque inde appellari postea Sabiniani vel Cassiani, & Proculiani, *l.* 2. §. *post hunc* 47. *de orig. jur.* VINN. Adde: Proculi successor Pegasus, vir consularis, unde *Pegasiani.* Opponuntur itaque *Proculejani & Sabiniani*: Pegasiani & Cassiani. Conf. Gothofred. *Manual. jur. cap.* 6. *p.* 27. qui tamen Sabinianos non à Massurio Sabino, sed à Cœlio Sabino, qui sub Vespasianis vixit, nomen accepisse statuit, adeoque sibi invicem opponit *Cassianos & Proculejanos*, *Sabinianos & Pegasianos.* HEIN.

Ambiguitatem) Quædam, ut rectè hic notat Baro, leviter tracta sunt à natura, quorum ratio non cuivis perspicua est. Nerva & Procu- 3
lus existimabant, speciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus esse, qui eam suo nomine fecisset: nam materiæ, quæ extincta sit, nullam porro rationem haberi posse, sed causæ efficientis dumtaxat & potissimum formæ, cujus susceptione materia in aliam speciem transisset: quæ species cùm antea nullius esset, ac ne esset quidem, rationem naturalem efficere, ut concedenda sit ei, qui ut ea in rerum natura sit, fecit, eamque occupavit, *d. l.* §. *cum quis* 7. *hoc tit. l.* 3. §. *genera* 21. *de acq. poss.* Diversæ autem scholæ auctores Sabinus & Cassius contra naturali rationi convenientius esse putabant, ut qui materiæ dominus fuisset, idem ejus quoque, quod ex materia factum esset, dominus fieret: quippe sine materia speciem nullam effici posse, nostrum autem esse id, quod ex re nostra factum est. Postremò nihil tam ab æquitate naturali alienum videri, quàm ut id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferatur, *d. l.* 7. §. *cum quis* 7. junct. *l.* 12. §. 3. *ad exhib. l. id quod nostrum* 11. *de reg. jur.*

Media sententia) Inter duas extremas Proculi & Sabini. Nam Sabini sententiam veriorem esse putabant, si species facta ad priorem materiam reduci posset; si non posset, Proculi,
d. l. 7. §. *cum quis* 7. Et perquam elegans est 4
hujus distinctionis ratio, quam & idem mediæ sententiæ Auctores afferunt: nempe cùm manente materia forma rei externa tantùm mutetur, idque quod factum est, in sua initia sive ad rudem materiam reduci potest; rationem naturalem non pati, ut cum Proculo dicamus, rem eam nunc primùm existere, ac propterea fieri occupantis: sed necesse esse, ut

ut sequatur vires & conditionem materiæ, quæ potenter manet, *l. in omnibus* 24. *hoc tit. l. quæsitum* 78. §. *illud fortasse* 4. *de legat.* 3. At ubi materia consumitur atque extinguitur, quod nostri semper fieri intelligunt, cùm species facta ad pristinam materiam reverti non potest, nullam materiæ, quæ esse desiit, aut prioris domini, cujus in hac specie nihil est; *l. quicquid* 27. §. 1. *hoc tit.* cum Sabino rationem haberi posse: sed novæ dumtaxat speciei, ejusque, cujus facto ea in rerum natura esse cœpit, *d. l.* 3. §. *genera* 21. *de acq. poss.* Scio equidem, D. Connanum *lib.* 3. *comm.* 6. auctores hujus sententiæ reprehendere, atque hoc solùm hic spectari velle, plusne pretii sit in opere, ac in materia: Dominum quoque Grotium censere, speciem communicandam, sicut confusis materiis communio inducitur pro rata ejus, quod quisque habuit, *lib.* 2. *de jur. bell. cap.* 8. *n.* 19. Ego tamen à veterum illa distinctione non recedo, magisque naturale esse arbitror, ut in quæstione proposita inspiciatur, utrum res, quæ prius fuerat, extincta sit, necne; quàm ut vel ex pretio rei operisve de jure dominii statuatur, aut citra necessitatem inducatur discordiosa communio: eoque jure etiam nunc utimur, teste eodem Grotio *l.* 2. *manuduct. c.* 8. VINN. Ast non ubique utimur. Quin quum materia plerumque sit res fungibilis, in qua non cadit pretium affectionis: vix potest ratio excogitari, cur dominus materiæ dominii quæstionem movere velit specificanti, & non potius agere ad id, quod interest, nisi ponas materiam esse admodum ratam. Vid. Thomas. *de pret. affect. in res fungibiles non cadente, cap.* 3. §. 41. *& seq.* HEIN.

Frumentum ad spicas reverti non potest) Inter exempla specierum, quæ ad id quod prius fuerat, reverti non possunt, frumentum excussum etiam Cajus refert, *d. l.* 7. §. *cum quis* 7. sed ille, quod hic omissum est, mox subjicit, se eorum sententiam probare, qui frumentum alienis spicis excussum, ejus esse non dubitabant, cujus spicæ essent: propterea quod cùm grana, quæ spicis continentur, perfectam habent suam speciem, qui excutit spicas, non novam speciem faciat, sed eam quæ est detegat. Quod idem eadem ratione dicendum est de leguminibus, lupino, lente, cicere, fabis, spicis, aliisque id genus frugibus, quæ siliqua continentur. Exemplo frumenti idem de vino ex uvis, & oleo ex olivis alicuis expresso statuit D. Bachovius; quod non pro-
5 bo. Non enim ut frumentum se habet ad spicas, ita se habet vinum & oleum ad uvas vel olivas. Spicæ non sunt materia, ex qua fit frumentum, sed frumentum excussum idem manet, quod ante fuit: unde sicut eamdem speciem, ita & idem retinet nomen. Vinum autem & oleum fiunt ex uvis & olivis: atque ut in aliud nomen, ita & in aliam speciem uvis & oleis peremptis transeunt. Theodoret. 1. *Dial.* 4. Καὶ τῆς ἀμπέλου τὸν καρπὸν σταφυλὴν ὀνομάζοντες, ὅταν ἀποθλίψωμεν, οὐ σταφυλὴν, ἀλλὰ οἶνον προσαγορεύομεν. Utique dum hæc incipiunt esse, quod non erant, desinunt esse quod fuerant: & poterant quoque in alium usum converti; uvæ siccari; olivæ servari ad condituram, &c. Et alioquin dicendum esset, nec caseum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec siceram ex pomis alienis expressam facientis fieri. Quòd si in his omnibus Sabini sententiam probandam existimat Bachovius; cur mediæ sententiæ Auctores solum excipiunt frumentum? Paulum temere adducit in *l. de eo* 12. §. 3. *ad exhib.* quippe qui eo loco dicertè respondet de eo, qui speciem fecit, cùm sciret materiam alienam esse; aliud nimirum responsurus, si quis idem bona *fide* fecisset, ut facit in *l. sed si meis* 26. *hoc tit.* Et igitur ratio, quam in d. responso subjicit, ad hypothesin revocanda est, ut quæstioni & responso serviat. De navi ex alienis tabulis facta non satis convenit propter obscurum veteris, ut videtur, dissensionis vestigium, quod extat *in l. Minucius* 61. *de rei vind.* Etenim cùm mediæ sententiæ Auctores generaliter definiant speciem, quæ ad id corpus, quod prius fuerat: reduci non potest, facientis fieri, navemque ex alienis tabulis factam nominatim inter hujusmodi species, uti revera est, numerent; quid cunctamur cum Paulo respondere, navem ejus esse, qui fecit? *d. l. sed si meis* 26. *hoc tit.* Putat etiam D. Connan. 3. *comm.* 6. partem alteram responsi Miniciani reprehendi à Juliano, rationemque reprehensionis esse in postremis verbis, *nam proprietas totius navis carinæ causam sequitur*, id est, *eum*, ait Connanus, *qui navem carinando formavit.* Nam carinam non semper infirmum navis alveum significare; sed interdum poni pro ipso navis corpore, quod totum carinatum est: hoc est, pro totius navis forma, ut in *l.* 24. §. *ult. de l.* 1. *arg. l. proponebatur* 76. *de judic.*

Dubitandum non est hoc casu &c.) A comparatione majorum; in scholis dicerent, à minori probabilitate ad probabilitatem majorem; quasi dicat: si species, quam fecimus ex materia, quæ tota aliena est, nostra fit; multo magis nostra fieri debet, si facta sit pro parte etiam ex materia nostra. Est tamen & 6
hic

hic adhibenda superior cautio, si ea res ad priorem materiam reverti non potest: quippe generalis definitio est, ea quæ in sua initia redigi possunt, vires materiæ numquam effugere, *l. in omnibus* 24. *hoc tit. l. quæsitum* 78. §. 4. *de leg.* 3. Atque hanc quoque esse mentem Justiniani, exempla proposita declarant. Cujus igitur erit hujusmodi species, si reduci possit? Nimirum suum quisque retinebit, & pro parte sua materiam vindicare poterit, *arg. l.* 5. §. 1. *de rei vind. l.* 11. §. 1. *l. quicquid* 27. §. *ult. h. t.* quæ & communis interpretum sententia est, à qua sine causa recedere mihi videntur Bachov. Borcholt. & D. Tulden. *hic c.* 41. Hoc autem jure constituto, ne aut dominus materiæ, aut is qui materiam mutavit, quæri possint; ille ubi materia extincta est, eam alieno sibi facto periisse: hic ubi ea mansit, se perdere operam bona fide impensam: uterque, contra naturam esse, ut quis ex re aliena locupletur cum alterius detrimento; utrique consultum est illi actione in factum, qua consequatur æstimationem materiæ suæ; huic exceptione doli mali, qua opposita ei, qui speciem suam vindicabit, servet impensas à se factis, *arg. l. in rem* 23. §. *si id quod* 4. *& seq. de rei vind.*

Textus.

De accessione.

26. *Si tamen alienam purpuram vestimento suo intexuerit, licèt pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento; & qui dominus fuit purpuræ, adversus eum, qui surripuit, habet furti actionem & condictionem; sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctæ res licèt vindicari non possint; condici tamen à furibus & quibusque aliis possessoribus possunt.*

Notæ.

26. *Si alienam purpuram*) Similis locus est apud Paul. *l.* 26. §. 1. *hoc tit.* Ulp. *l.* 7. §. 2. *D. ad exhib.*

Commentarius.

1 *Accessionis quæ facto hominis contingit, quot sint genera, & quo proposita pertineat.*
2 *Explicatur definitionibus aliquot, qui, cui & quando accessionis vice cedat.*
3 *Quibus rebus differat hoc genus acquisitionis à specificatione.*
4 *Quomodo domino purpuræ & generaliter partis, quæ cessit, consulatur.*
5 *Vulgata hujus §. lectio defensa adversus D. Ant. Concium.*

Locum hunc video à plerisque in transitu dumtaxat tractatum esse, dignus tamen est, qui propius consideretur & otiosè. Et quia ad accessiones pertinet, repetenda animo est memoria eorum, quæ nuper diximus, videlicet quædam rebus nostris accedere beneficio fluminum velut à natura, quædam facto & opera humana. De iis, quæ à fluminibus accedunt, copiosè jam tum disputavimus. Ac- 1
cessionis quæ ab hominibus est, docendi gratia, quo res tota perfectius cognoscatur, duo genera nunc facimus; confusionem & conjunctionem. Confusio est, cùm duæ materiæ liquidæ inter se & in unum corpus permiscentur, veluti cùm vinum cum vino miscetur, argentum cum argento conflatur, de quo §. *seq.* Conjunctio est, cùm res ita junguntur, ut cohæreant, discreta manente earum substantia: sive ita res alienæ rebus nostris junctæ cohæreant, ut iis quasi basibus innitantur, veluti quæ in solo nostro ædificantur, plantantur, seruntur, in chartis nostris aut tabulis scribuntur aut pinguntur, de quibus omnibus item postea: sive ita, ut sint tamquam additamenta aut ornamenta rei nostræ; ut si pes aut manus jungatur statuæ, ansa scypho, gemma includatur auro, emblemata phialis jungantur, *l. in rem* 23. §. 2. *&* 5. *de vind. l. sed si* 26. §. 1. *hoc tit. l.* 7. §. 2. *ad exhib. l. cùm aurum* 19. §. *perveniamus* 13. *de aur. arg. leg.* eodemque etiam pertinet, quod hic traditur de purpura vestimento intexta, *d. leg.* 7. §. 2. *ad exhib.*

Si tamen) Quò conjunctio illa segregativa respiciat non video, nisi eò referas, quòd cum in calce præcedentis §. dixisset, vestimentum quod quis partim ex sua, partim ex aliena materia fecit, facientis esse, hoc loco aliquid addere Justinianus voluerit de vestimento, quod quis fecit ex sua quidem materia, eaque sola, sed cui ornando alieni aliquid adjunctum, attextum, aut intertextum est: licèt id ad superiores rationes non pertineat. Neque enim purpura (quo exemplo hic Imp. utitur) vestimento intexta pars est materiæ, ex qua vestimentum factum proponitur: sed aliquid, quod vestimento jam acto aut præparato ornatus causa additur atque accedit. Purpuram autem hic accipiemus, aut clavum purpuræ, aut prætextum, id est, segmentum, fimbriam, laciniam, limbum.

Licèt pretiosior sit) Cum enim quærimus, quid cui cedat, non pretium spectamus, sed quid

quid cujus rei ornandæ causa adhibeatur, ut accessio cedat principali, *l. cum aurum 19. §. perveniamus 13. de aur. argent. leg.* In universum autem sic de hac quæstione habeto.

2 Quando duæ res, quarum unaquæque per se subsistere potest, ita junctæ sunt, ut cohæreant, & unum corpus efficiant propriæ speciei ejusdemque nominis; semper pars inferior cedit præstantiori, ut is naturali ratione totius illius corporis dominus esse intelligatur, cujus & præstantior pars est. Si diversa rerum junctarum magnitudo est, ex magnitudine unius partis præstantia æstimatur; ut si statuæ pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum jungatur, *l. sed si 26. §. 1. hoc titul. l. 7. §. 2. ad exhib. l. in rem 23. §. 2. 4. & 5. de rei vind.* adeoque etsi pars minor pretiosior sit, ei tamen cedit, cujus major est species, ut gemmæ & margaritæ inclusæ auro, *dict. l. 19. §. 13. de aur. argent. leg.* purpura vestimento intexta; ut hic *& dict. leg. 7. §. 2. ad exhib.* Si eadem magnitudo est; ex pretio: si pretium quoque idem; placet neutrum alteri cedere, sed suam cujusque rem manere, *l. quicquid 27. §. 2. hoc tit.*

Accessionis vice) Ut pars minor & inferior majori & præstantiori, sicut jam dictum est. Etenim jure speciei totum hoc corpus suum esse dicere non potest dominus majoris partis sive vestimenti, cùm is neutram partem nunc primùm fecerit, sed factas univerit dumtaxat. Ex quo apparet, errare D. Gœd. *in l. 14. de verbor. signification.* qui putat, hæc etiam jure specificationis acquiri, & si, quod Gœddeo placet, nova hic species facta intelligi debeat, ea non acquireretur facienti; quoniam partes junctæ separari, & ad id, quod prius fuerant, reverti possunt.

3 *Adversus eum, qui surripuit*) In hoc quoque ab acquisitione speciei factæ differt hæc acquisitio, quod species facta tantùm volenti acquiratur, eique, qui eam suo nomine & bona fide fecit: jure accessionis pars juncta etiam ignoranti, etiam ei, qui alieno nomine aut mala fide junxit. Nulla enim in hac acquisitione ratio habetur personæ facientis aut jungentis, sed rerum junctarum dumtaxat; quod notandum est contra Wesembecium & Bachov. qui utriusque acquisitionis eamdem esse rationem arbitrantur.

Sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius) Geminus à Justiniano casus proponitur; unus est, quo is, qui purpuram surripuit, ipse vestimentum fecit; alter, quo alius fecit, ad quem purpura surrepta postea pervenit. Et ait, dominum purpuræ adversus eum, qui surripuit, habere actionem furti & condictionem: ubi condictionem proculdubio intelligit furtivam, ut rectè Glossa notat: nam quod hæc condictio soli dicitur domino dari, *l. 1. de cond. furt. l. 14. §. qualis 16. de furt. §. ultim. infr. de oblig. quæ ex del.* hoc non eò pertinet, ut is, cui semel quæsita est, eam re perempta sine facto suo amittat: sed ut hinc excludantur ii, quorum periculo res alienæ sunt, quibus etsi furti actio, condictio tamen non competit, *dict. l. 14. §. 16.* Ut autem in 4 universum intelligas, quomodo domino purpuræ, & generaliter parti quæ cessit, consulatur, sic mecum distinguito. Aut alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, aut suam vestimento alieno. Item aut bona fide id fecit, aut mala. Si alienam & bona fide, est adversus eum actio ad exhibendum, ut purpura separetur, & tunc vindicetur, *l. 7. §. 2. ad exhib. l. in rem 23. §. 5. de rei vind.* Videndum tamen, an non audiri debeat bonæ fidei possessor pretium purpuræ offerens; maximè si ea sine manifesto ejus damno separari non possit. Illud quæsitum est, an etiam bonæ fidei possessori purpura condici possit. Et puto posse, cum Barone & Wesembecio, arg. ejus, quod in fine hujus §. dicitur, res extinctas à quibusvis possessoribus condici posse, *& §. nunc admonendi, 2. infr. quib. al. lic.* & nimirum condictione sine causa: nam etsi jure gentium propter accessionem dominus purpuræ factus sit, nulla tamen causa est, cur pretium lucretur, & cum aliena jactura locupletior fiat. Si mala fide intexuit, datur adversus eum actio furti & condictio furtiva, *hoc text.* datur & ad exhibendum actio & vindicatio; tamquam adversus eum, qui dolo malo possidere desiit, *arg. l. 1. in fin. l. 2. de tign. junct. l. sin autem 27. §. 3. l. qui petitorio 36. in pr. de rei vind. l. qui dolo 131. de reg. jur.* Si quis autem suam purpuram intexuit vestimento alieno, siquidem in bona fide, potest & possidens vestimentum retinere, donec de purpura & sumptibus ei satisfiat, & amissa possessione ad exhibendum agere, ut purpura separetur & vindicetur, *d. leg. 23. §. 4. & seq. de rei vind.* Si mala fide, videndum, num dici possit, voluntate sua proprietatem rei amisisse, *arg. §. ex diverso 30. infr. hoc tit.* Quæ de purpura diximus, eadem ferè & in cæteris, quæ rebus nostris explendis aut ornandis similiter junguntur, locum habent, *l. 6. l. 7. §. 2. ad exhib.* exceptis quæ juncta sunt ferruminatione, quæ ne separata quidem vindicari possunt: ideoque eo casu in factum actio domino partis quæ accessit, necessaria,

d. leg. 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind.* VINN. Subtiliter distinguit Paullus in *d. l.* 23. inter ad ferruminationem & ad plumbaturam. Sed hanc distinctionem admisisse haud videtur Ulpianus, *l.* 7. §. 2. *ff. ad exhib.* Quin Pomponius in *l.* 27. *pr. ff. de acqu. rer. dom.* nec in adplumbatura, nec in adferruminatione concedere videtur vindicationem materiæ. Sic diversa principia sequuti videntur veteres, pro sua quisque secta, cui hærebant. Quodnam momentum hujus quæstionis sit in praxi, diximus jam ad §. antecedentem, verb. *media sententia.* HEIN.

Nam extinctæ res) Licèt purpura attexta vestimento integra maneat, pro extincta tamen, quia vestimento cedit, habetur: sicut gemma inclusa auro, aliaque, quæ res nostræ ad se per prævalentiam trahunt, salva eorum substantia, *dict. l.* 6. *ad exhib. d. l.* 35. §. 2. & 5. *de rei vind.* Unde Theophilus, Δοκεῖ, inquit, ἡ πορφύρα τρόπον τινὰ ἀποσβέσθαι, τῷ μὴ εἶναι αὐτὴν καθ' ἑαυτὴν ἀλλ' ἑτέρᾳ ἐσθῆτι συνενωθῆναι.

Licèt vindicari non possint) Directo; amissa videlicet earum proprietate, & nimirum quamdiu cohærent: nam quod de gemma inclusa annulo alieno responsum est, eam vindicari non posse, sed posse agi ad exhibendum, ut excludatur, & exclusa vindicetur, *l.* 6. *ad exhib.* id locum habet in omnibus, quæ similibus rebus nostris juncta accessionis loco cedunt, *d. l.* 23. §. 5. *de rei vind.* Tentari etiam potest, quod modo diximus, adversus eum, qui mala fide junxit, utilem quoque in rem actionem esse, non tamquam adversus eum, qui possideat, sed qui dolo malo possidere desierit.

Et quibusque aliis possessoribus) A furibus etiam condictione furtiva; ab aliis condictione sine causa, aut generali illa triticiaria, l. 1. *de condit. tritic.* Semper enim, ut diximus, bonum & æquum est, pretium mihi restitui ejus rei, quæ hoc jure ad alium sine facto meo pervenit, & est arg. in *leg.* 11. §. *ult. l. si & me & Titium.* 32. *de reb. cred.* Ant. Contius ex ma-
5 nuscriptis restituit: *Et quibusdam aliis possessoribus*; ut sit sensus: non tantum furibus res consumptas condici posse, sed aliis etiam possessoribus, qui furibus sunt similes, nimirum iis etiam, qui rem mala fide possidebant cùm eam consumerent. At hi revera etiam fures sunt, §. *furtivæ* 2. *inf. de usuc.* Quamobrem de lectione vulgata, quæ etiam Theophili est, nihil mutandum censeo, quamvis Contium sequatur Pacius in analysi sua putans, condictionem contra eos, qui bona fide rem consumpserunt, non dari. Obiter & Theophili error notandus, qui scribit, condictionem furti etiam in eos dari, qui fures non sunt, quod est ἄδοξον, & miror à Fabrot. non animadversum.

TEXTUS.

De Confusione.

27. *Si duorum materiæ voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed & si diversæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit, forte ex vino & melle mulsum, aut ex auro & argento electrum, idem juris est. Nam & hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito & non voluntate dominorum confusæ fuerint vel ejusdem generis materiæ vel diversæ, idem juris esse placuit.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter confundere, & miscere, qua sit differentia, cum signatè loquimur?*
2 *De effectu confusionis, & quarum rerum quomodo facta confusio communionem pariat?*
3 *Confusionem factam voluntate dominorum, propriè huc non pertinere.*
4 *In confusione fortuitas materias confusas communicari, sive ejusdem generis sint, sive diversæ, extra quam si deducì possint, & n.* 6.
5 *Quid juris, si unus è dominis confuderit altero ignorante, aut tertius aliquis?*

Duobus modis hominum facto per accessionem rei alienæ ad res nostras nobis acquiritur, conjunctione, & confusione. Conjunctionis species est purpura vestimento attexta, ut diximus §. *præc.* De confusione disputatur hoc loco: quæ quid sit primò videndum; deinde quam vim ad acquirendum, & unde habeat. Verba hæc confundere & miscere aut commiscere vi sua generalia sunt, deque omnibus ἐκ παραλλήλων dicuntur quæ quovis modo permiscentur; ut videre est etiam apud nostros, *l.* 7. §. *voluntas* 8. *hoc tit. l.* 3. §. *ult. l.* 5. *pr. de rei vind.* Cæterum cum signatè & distin- 1
ctè loqui volumus, confusionem appellamus μίξιν ὑγρῶν, cum corpora liquida aut liquefacta invicem miscentur; commixtionem, μίξιν ξηρῶν, cùm sicca & solida, quæ & discreta maneant: quam nominum distinctionem peperit diversi juris, quod in his obtinet, ratio. Confundi igitur propriè res dicuntur, quæ ita permiscentur, ut una ingrediatur alteram, & vicissim alterius partem in se recipiat; veluti

cum vinum cum vino miſcetur, aurum cum auro conflatur. Effectus confuſionis hic eſt,
2 ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur, idque vi & poteſtate rei cujuſque, cogente natura rem unam mutuo trahere alteram; unde exiſtit totius corporis, quod ex confuſione fit, communio. Cæterum neque quarumvis rerum confuſio communionem parit, neque facta quovis modo. Summam tibi ecce. Omnis confuſio fit aut voluntate dominorum, aut citra eam; & citra eam aut caſu, (quæ tamen & ipſa non ſine facto hominum contingit, eorum ſcilicet qui res in propinquo poſuerunt) aut voluntate unius tantùm, ſive etiam tertii alicujus, puta Titii. Res, quæ confunduntur, aut ſunt unius generis, aut diverſorum: Item aut tales ſunt, quæ confuſæ ſeparari non poſſunt, aut quæ poſſunt ſeparari. Nunc ſic habe. Voluntate dominorum facta confuſio ſine ulla rerum diſtinctione communionem facit. Caſu facta non aliter, quàm ſi res deduci non poſſint. Facta unius voluntate tantum, aut à Titio, ſi materiæ unius generis confuſæ ſint; quoniam nec deduci poſſunt, nec novam ſpeciem conſtituunt. Jam videamus quid Imperator dicat, & ſingula conſideremus accuratius.

Voluntate dominorum) Hæc ſpecies propriè
3 huc non pertinet. Neque enim communionem hic inducit rerum confuſio, ſed mutua dominorum voluntas res ſuas confundendo tacitè communicantium, argumento eſt, quòd etſi duo frumenta ſua miſcuiſſent, idem tamen juris, licèt in diſsimili genere mixtionis foret, §. *ſeq.*

Utriuſque commune eſt) Pro rata ſcilicet ejus materiæ, quæ cujuſque ante confuſionem fuit, *l.* 3. §. *ultim. de rei vind.* Res autem communis propriè dicitur, quæ duorum aut plurium eſt, non quaſi tota ſingulorum, (neque enim duorum in ſolidum res una eſſe poteſt, *l.* 5. §. *ultim. commod.*) ſed ſingulorum pro partibus, iiſque indiviſis, *l.* 5. *de ſtip. ſerv. l.* 5. §. *ultim. de reb. eor. qui ſub tut.* Itaque quæ partes ante confuſionem ſingulorum eſſe incipiunt conjunctim, ut jam intellectu magis quam corpore partes habeant, *dict. l.* 5. *de ſtip. ſerv.* nec poſsit amplius unus, quod ſuum fuit, ante confuſionem ſeparatim vindicare, ſed partem dumtaxat pro indiviſo, puta dimidiam aut tertiam: ſive, quod eodem recidit: agere communi dividundo, ut res dividatur, & pars rei diviſæ dimidia aut tertia pro rata ponderis, quod contulit, reſtituatur: in quo & pretii rationem judex habebit, ſi unius pars pretioſior fuit, *dict. l.* 3. §. *ultim. l.* 4. *l.* 5. *de rei vind.* Et ſi forte res dividi commodè non poſsint, uni totam adjudicabit, eumque viciſsim alteri condemnabit in certam ſummam pecuniæ, §. *eodem* 5. *infr. de offic. judic.*

Sed etſi diverſæ materiæ ſint, &c.) Nihil refert, ejuſdem generis materiæ voluntate dominorum confuſæ ſint, an diverſi. Nam & nova ſpecies, quæ naturaliter ex confuſione diverſarum materiarum exiſtit, veluti ex vino & melle confuſo mulſum, ex maſsis auri & argenti conflatis electrum; eorum communis ſit neceſſe eſt, quorum conſenſu & voluntate materiæ confuſæ ſunt, & vice mutua quod inde exiſtit communicatum. Ex quo etiam efficitur, ut nihil interſit materiæ ſeparari, & ſpecies facta in ſua initia reduci poſsit, an non poſsit: quæ differentia ſpectatur, cum jure ſpecificationis aliquid alicui acquiri volumus.

Electrum) Plinio eſt aurum, cujus quinta portio argentum eſt. Secundas poſt aurum ei tribuit Homerus 4. *Odyſſ.* ubi regiam Menelai laudantem introducit Telemachum à ſplendore primum auri, deinde electri: *verſ.* 73.

Χρυσοῦ τ' ἠλέκτρου τε, καὶ ἀργύρου, ἠδ' ἐλέφαντος.

Vid. *Plin. lib.* 33. *nat. hiſt. cap.* 4. *Strabon. lib.* 3.

Quod ſi fortuito) Hæc confuſionis ſpecies propria eſt hujus loci. Ait, in fortuita con- 4
fuſione idem juris eſſe, quod foret, ſi materiæ dominorum voluntate confuſæ eſſent: nimirum etiam totum id corpus, quod ex duorum materiis caſu confuſis exiſtit, commune eſſe eorum, quorum materiæ confuſæ ſunt; nec referre, ejuſdem generis materiæ ſint, an diverſæ, & ob id propria ſpecies facta ſit: nam quod caſu factum eſt, neminem ſibi vindicare poſſe jure ſpecificationis. Hoc item & Cajus *d. l.* 7. §. *ſed etſi* 9. *hoc tit.* Obſervandum autem eſt, & hic, & apud Cajum exempla proponi earum dumtaxat rerum, quæ confuſæ diduci & ſeparari non poſſunt, quippe quas communes facit ipſa neceſsitas & vis naturæ ſuperior: nam confuſio hæc eo rem deducit, ut unaquæque materia alteram in ſeſe per omnia confuſam & indiſcretam habeat; unde evenit, ut vel minima pars unius partem alterius ſibi habeat adjunctam, quam & neceſſario ad ſe trahat: atque hinc communio. Quòd ſi materiæ, quæ forte confuſæ, ſeparari poſſint, veluti ſi plumbum cum argento mixtum ſit; nulla neceſsitas intervenit, ob quam fiat, ut una res alteram mutuo ad ſe trahat, ſed cùm ab artificibus ſeparari poſsint, ſeparabun-

buntur: eſtque in eam rem non ut ſuperiore caſu, actio communis dividundo, ſed ad exhibendum & in rem, *l. 5. §. 1. de rei vind. & arg. l. lacus 12. §. 1. hoc tit.* Sed quid ſi non ca-
5 ſu, nec tamen voluntate dominorum confuſio facta ſit, puta à Titio, vel ab uno ex dominis altero ignorante? quæ ſpecies hic omiſſa. Et ſiquidem, verbi cauſa, Titius vinum Mævii cum ſuo confuderit, aut cum vino Sempronii, aliaſve ejuſdem generis materias miſcuerit; adhuc probandum eſt, corpus, quod ex ea confuſione fit, Titii & Mævii, aut Mævii & Sempronii commune eſſe; quia priſtinam ſpeciem continet, & res alium exitum naturaliter reperire non poteſt. Quòd ſi diverſi generis ſint, quia hinc novi corporis ſpecies exiſtit; ea tota Titii erit jure ſpecificationis, ſi ad initia ſua reduci non poteſt: ſi poteſt, ſuum cujuſque manebit, *dict. l. 5. §. 1. de rei vind. dict. l. lacus 12. §. 1. hoc tit.* vid. *ſup. §. cum ex aliena 25. eod.*

Idem juris eſſe placuit) Paraphraſtes vertit negativè; ὐ τὸ αὐτὸ γενήσεται. Et ſanè non eſt,
6 idem juris per omnia: nam ſi materiæ caſu confuſæ ſeparari poſſunt, nulla earum communio eſt, ſicut jam diximus. Arbitror tamen contra Hotomannum, eodem modo hic legendum, quo legitur apud Cajum *dict. l. 7. §. ſed & ſi 9.* unde hæc deſcripta ſunt: nimirum affirmativè, & utrumque locum ex aliis cum Accurſio ſic temperandum, ſi tales materiæ fortuito confuſæ ſint, quæ deduci non poſſint; cujus etiam generis exempla, nec alia à Juſtiniano & Cajo propoſita ſunt. Sed & Harmenopulus *lib. 2. tit. 1.* περί τῶν ἐξ ἀλλοτρίας ὕλης γινομένων ἀπείδων, affirmativè legit, τὸ αὐτὸ γενήσεται. VINN. Sed tamen, ſi facta confuſione, ſpecies emerſerit nullius uſus v. gr. ſi vinum & cerviſia confuſa ſint, vix dubitandum, quin in foro confundens ſolus damnum ſentire, alterique non partem novi iſtius liquoris, ſed pretium rei ſuæ reddere teneatur. HIEN.

TEXTUS.

De commixtione.

28. *Quòd ſi frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, ſi quidem voluntate veſtra, commune eſt: quia ſingula corpora, id eſt, ſingula grana, quæ cujuſque propria fuerunt, conſenſu veſtro communicata ſunt. Quòd ſi caſu id mixtum fuerit, vel Titius id miſcuerit ſine tua voluntate, non videtur commune eſſe: quia ſingula corpora in ſua ſubſtantia durant. Sed nec magis iſtis caſibus commune fit frumentum, quàm grex intelligitur eſſe communis, ſi pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed ſi ab alterutro veſtrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujuſque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipſe æſtimet, quale cujuſque frumentum fuerit.*

NOTÆ.

28. *Non magis iſtis caſibus*) A ſimili, ubi tamen illud diſſimile, quòd pecora mixta facilius diſcerni poſſunt, quàm grana, & ob id etiam ſingula vindicari, *l. 23. §. 5. verſ. at in his, D. de rei vind.*

Quale cujuſque frumentum) Vi igitur ipſa non alia hic ſententia & reſtitutio, quàm ſi frumentum verè commune eſſet, *l. 3. §. ult. l. 4. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1 *Commixtionem propriè dictam ad diſputationem propoſitam non pertinere.*
2 *Reſponſum Javoleni in l. 78. de ſolut. cum hoc textu conciliatum.*
3 *Comparatio mixtionis pecorum & frumentorum explicata.*

NIhil eſt in hoc §. quod ad inſtitutam de acceſſione diſputationem pertineat. Agitur de commixtione. Commixtio propriè eſt, cum corpora quæ miſcentur, diſcreta ma- 1
nent, & ſuam ſingula ſpeciem retinent, velut ſi frumentum cum frumento, nummi cum nummis, pecora cum pecoribus inter ſe miſceantur. Hujus, inquam, commixtionis numquam ea vis eſt, ut per eam poteſtate rei noſtræ aliena nobis acquirantur, ſive difficilis ſit corporum mixtorum ſeparatio, ſive non ſit: cùm neutro modo fiat, ut aliquid ſit in meo aut alieno, quod alterum ad ſe naturæ neceſſitate trahat.

Conſenſu veſtro communicata) Quando duorum res voluntate dominorum commiſcentur, communicantur illæ quidem ſic, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur: cæterum hoc non efficit commixtio aut acceſſio, ſed tacita voluntas dominorum mutua traditione ſpecies ſuas communicantium, *hoc text. d. l. 7. §. voluntas 8. eod. l. 5. de rei vind. l. 4. pro ſoc.*

Quia ſingula corpora in ſua ſubſtantia durant) Hoc eſt, natura & eſſentia ſua ſeparata & diſcreta manent: ut proinde dici non poſſit, eſſe quicquam in hoc acervo Titii, quod tuum ad ſe trahere debeat, aut in totum aut pro par-

parte; aut quicquam esse tuum, quod debeat ad se trahere, quod Titii est. At sine horum alterutro nihil vestrum commune fieri potest in acervo frumenti casu aut sine voluntate
2 unius vestrum commixti. Objici huic loco solet, quod Javolenus ex Cajo refert, nummos alienos in solutum datos creditoris accipientis fieri, si is eos ita miscuerit suis, ut discerni non possint, *l. si alieni* 78. *de solut.* An dicemus idem esse in frumento, quod quis ex simili causa acceptum bona fide cum suo miscuit? At refragatur generalis definitio hujus loci, tum etiam ratio subjecta, & comparatio frumenti mixti & pecorum. Plerique putant, inter nummos & frumentum hoc interesse, quòd nummi ita commixti, ut discerni non possint, pro consumptis habendi sint, frumentum non ante quàm farina ex eo confecta sit: quippe rerum, quæ usu consumuntur, consumptionem æstimari ex consumptione ipsorum corporum: pecuniam autem numeratam intelligi consumi plerumque salvis nummorum corporibus, §. *constituitur* 2. *inf. de usuf.* Notum verò esse, consumptione nummorum in creditum vel in solutum datorum causam dominii mutari, *l.* 13. *l. non omnis* 19. §. 1. *in fin. de reb. cred.* Ita propemodum Accurs. quem sequitur communis DD. schola add. D. Cujac. 13. *observ.* 28.

Quam grex intelligitur esse communis) Exemplo pecorum alienorum gregi meo mixtorum docet, frumenta quoque sine voluntate dominorum mixta sua cujusque manere, neque
3 in acervo facto quicquam esse commune: quippe eamdem rationem esse singulorum granorum in acervo, quæ est singulorum pecorum in grege: utrumque esse corpus, non ἑνωμένον, aut συνημμένον, sed διεστώς, cujus partes non cohæreant, aut uno spiritu contineantur, sed quæ singulæ essentia sua maneant distinctæ, propriamque suam speciem retineant, ac proinde rationem juris non pati, ut hic magis quàm illic dominia confundantur, *arg. l. rerum mixtura* 30. *de usuc.* junct. *l. in rem* 23. §. 5. *vers. at in his de rei vind.* Cæterum comparatio hæc illud habet dissimile, quod pecora aliena meis pecoribus mixta facile decerni possunt, & ob id singula vindicari, *d. vers. at in his*, grana autem commixta non item. Qua ratione putarem, ne voluntaria quidem pecorum mixtione gregem communem fieri, nisi id expressè actum proponatur.

In rem actio pro modo frumenti) Ubi res communis non est, cessat communi dividundo judicium, *l. 1. com. div.* sicut in proposito. Cæterum nec grana ipsa, quæ cujusque ante commixtionem fuerunt, vindicari poterunt, quia discerni & designari nequeunt: nec pars acervi; quod non licet nisi in acervo communi, sed quantum in acervo cujusque fuit, atque etiam nunc est, *l. 5. pr. de rei vind.* Nec refragatur actionis in rem natura, quæ exigit, ut res, quæ petitur, designetur, *l. 6. d. tit.* Satis enim designari videntur grana petita hoc ipso, quòd designantur certo loco atque acervo contenta & circumscripta. Tantum laborabitur in exitu judicii & restitutionis.

Quale cujusque frumentum) Igitur si unius frumentum fuerit pretiosius, officio judicis continebitur, ut ejus quoque ratio habeatur, & hoc amplius ferat is, cujus frumentum pretiosius fuit, vel ex acervo, vel certæ pecuniæ adjudicatione; ut sic omni ex parte utrique satisfiat, *arg. l. 4. de rei vind.* §. *eadem* 5. *inf. de off. jud.* in summa, vi & effectu hic non alia judicis sententia est & restituito, quàm si acervus verè communis esset, *l. 3. §. ult. d. tit. de rei vind.* Quæ de confusione & commixtione diximus, ea hodieque omnia observantur.

TEXTUS.

De his quæ solo cedunt. De ædificatione in suo solo ex aliena materia.

29. *Cùm in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii: quia omne quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet per actionem, quæ vocatur* De tigno juncto. *Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.*

NOTÆ.

29. *Nec tamen, &c. desinit dominus esse*) Ergo hoc casu qui ædificavit, dominus est ædificii, alius dominus materiæ, ex qua constat, *l. 7. §. 2. D. de re jud.* fac. *l. 23. §. ult. de rei vind. l. 13. de usuc.*

Neque ad exhibendum) *d. l. 23. §. pen. l. 6. D. ad exhib. l. 1. de tign. junct.* nisi adversus malæ

læ fidei ædificatorem, *d. l. 23. §. pen.* tanquam qui dolo malo fecerit quo minus possideat, *l. 1. & l. 2. de tign. junct.*

Eximere cogatur) Ne sc. ædificia rescindi necesse sit, ut mox sequitur. Potest igitur dupli præstatio evitari, si quis tignum eximere malit, & domino restituere; neque enim id facere prohibetur, dum ne ruina ædium deformetur publicus urbis aspectus, *l. 2. C. de ædif. priv.* Eadem lege prohibetur solutio tigni alienis vineis juncti, ne sc. turbetur cultura vinearum, *d. l. 1. de tign. junct.*

Si non fuerit duplum consecutus) In casu malæ fidei etsi consecutus fuerit. Nam si sciens junxit, non liberatur præstatione dupli, sed est adversus eum extrinsecus adhuc rei vindicatio, *l. 2. de tign. junct.* Pœnalis enim eo casu hæc actio est.

COMMENTARIUS.

1 *Non continuo eum, qui ædium dominus sit, dominum esse & singulorum tignorum.*
2 *Actionem de tigno juncto dari etiam in duplum adversus eum, qui bona fide junxit.*
3 *Præstationem dupli evitari posse tigni exemptione & restitutione.*
4 *Actionem de tigno juncto, apud nos exolevisse.*

DIximus non ita pridem, duobus modis contingere, ut res alienæ rebus nostris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confusione, de quo proximè loquuti sumus, & conjunctione. Conjunctionem appellamus, cùm duæ res ita junguntur, ut cohæreant, & unum corpus constituant, integra manente rerum substantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus: unum earum rerum, quæ junctæ nihil amplius habent, quàm additamentum & expletionem ejusdem corporis, de quo genere dictum sub §. *si tamen 26. sup.* alterum earum, quæ sic aliis junguntur, ut in his tanquam in subjecto consistant, ac sine his esse non possint, cujusmodi sunt hæc quinque, quæ nunc porro singula exequemur, in solo ædificata, plantata, sata, scripta in chartis aut membranis, picta in tabulis.

Quia omne quod solo inædificatur, solo cedit) In conjunctione rerum, de qua agimus, uti naturali ratione præstantior existimanda est ea res, quæ per se consistere potest; inferior, quæ imponitur, & sine illa consistere non potest, ita & eadem ratione fit, ut hæc ab illa per prævalentiam trahatur, illique ut præstantior cedat: ac proinde utriusque dominus efficiatur, qui dominus fuerat prestantioris, *l. in rem. 23. §. 3. & 4. de rei vind.* Hæc ratio generalis est ad omnes species hujus conjunctionis pertinens. Ait, *omne, quod solo inædificatur.* Hæc prima species est hujus accessionis, atque de ea ita jus est. Omne ædificium, quamvis ex aliena materia, solo impositum, solo cedit, *d. l. 7. §. cùm in suo. 10. hoc tit. d. l. in rem 23. §. pen. & ult. de rei vind. l. 2. de superf. l. qui demum. 50. ad leg. Aquil. l. 2. C. de rei vind.* Idque sive dominus soli ex aliena materia ædificaverit in suo, sive è converso dominus materiæ ædificaverit in solo alieno, *d. l. 7. §. ex diverso. 12. hoc tit. & §. seq. eod.* Solo autem impositum accipi oportet etiam id, quod verbi causa supra parietem meum ædificatum est, *l. si supra 28. hoc tit.* Cæterum ut rationi hujus juris locus sit, necesse est, ut id quod ædificatum est, solo cohæreat. Nam si Titius exempli gratia horreum frumentarium ex tabulis ligneis factum mobile in prædio Seji posuerit; id non Seji erit, sed Titii, qui posuit, *l. Titius. 60. eod.*

Nec tamen is, qui materiæ dominus fuerat, desinit, &c.) Diximus, eum, qui ex aliena materia in suo ædificavit, dominum fieri ædificii: cui consequens videri poterat, eum, qui materiæ dominus erat, dominum ejus esse desinere; cùm duo ejusdem rei in solidum domini esse non possunt. Contra tamen & hic & apud Cajum scriptum est, materiæ dominum dominium idcirco non amittere, & quamvis stante ædificio dominum adhuc intelligi. Hoc ne quem offendat, sciendum est, pro diversa materiæ consideratione utrumque dici posse, & dominum ædificii materiæ quoque dominum effici, & materiam prioris domini manere. Etenim si tigna vel cæmenta consideremus, ut juncta & connexa ædificio, hac consideratione quamdiu juncta manent, ipsius ædificii sunt, & domini totius: unde & dempta dicuntur in pristinam causam reverti, *l. habitator 59. de rei vind. facit l. sed si 26. §. 1. hoc tit.* At si animum à conjunctione avertas, & ædificio quasi insuper habito tigna consideres in se & ut seorsum substantiam suam habentia, non potest videri materiæ dominus jus suum amisisse: & ideo ea tigna, licèt juncta, adhuc aliena ubique appellantur. Adeoque rectè nunc dicemus, aliud esse materiam, aliud ædificium: ædium quamdam universitatem intelligi; materiam, cæmenta, tigna, lapides, res esse singulas, quæ ob id jure universi non utique censeantur. Hinc enim est quod placet eum, qui universas ædes possidet, non videri singula cæmenta possidere, eaque nec usucapere, *l. in rem 23. §. ult. de rei vind. l. eum qui 23. de usuc.* & quod Ulpianus respondet, eum, qui insulam petiit, si victus postea cæmen-

menta vel tigna petat, non videri idem petere, *l. 7. §. de exc. rei jud.* nimirum quòd necesse non sit, eum, qui ædium dominus est, materiæ quoque dominum esse: quam rationem & ipse mox subjicit. Cæterum dubitandum non est, quin verum sit, quod D. Hotomannus hic notat, si ex aliena materia nova primùm species facta fuerit, deinde novum id corpus ædificio inclusum; ejus id manere, cui jure specificationis quæsitum erat: verbi causa, tigna aut tabulas ex aliena arbore fabricatas & mox injunctas ædificio, ejus esse & manere, qui tabulas fecit, *arg. l. sed si meis. 26. in pr. hoc tit.*

Neque ad exhibendum) Tignum alienum ædibus junctum lex duodecim tabularum non tantùm vindicari prohibet, sed etiam solvi, ut proinde nec ad exhibendum de eo agi possit, *l. in rem. 23. §. pen. de rei vind. l. 6. ad exh. l. 1. de tign. junct.* in quo diversum jus tigni injuncti, & verbi causa gemmæ injunctæ annulo alieno: ea enim licèt quamdiu cohæret, vindicari nequeat; ad exhibendum tamen eo nomine agi potest, ut eximatur, & tunc vindicetur, *d. l. in rem. 23. §. item quæcumque 5. de rei vind. d. l. 6. ad exhib.* Vide sis quæ notavimus supra §. *si tamen 16. hoc tit.*

Ne quis tignum eximere cogatur.) Duplicem ego causam reperio, eur lege duodecim vetita sit tigni alieni ædibus juncti vindicatio. Una est, ne ob id ædificia rescindi necesse sit, *l. 1. de tign. junct. l. 7. §. cum in suo. 10. h. tit. & hoc text.* altera, ne per hoc ruinis urbs deformetur; *l. 2. §. si quis 17. l. ult. ne quid in loc. publ. l. 2. C. de ædif. priv.* quarum illa principalis esse videtur, & rationem finis unicuique legi propositi habere, hæc συναιτιος & illius adminiculum, de quo mox plura. Eadem lege & solutio tigni alieni vineis juncti prohibetur, ne scilicet turbetur vinearum cultura, *l. 1. de tign. junct.*

Sed duplum pro eo præstet) Ne dominus materiæ queri posset, injuriam sibi fieri, quòd re sua quamdiu ædificium manet, carere cogatur; data est in eum; qui junxit, actio de tigno juncto ad tigni æstimationem, & quidem in duplum, *l. 1. de tign. junct. l. in rem 25. §. pen. de rei vind. l. 6. ad exhib.* Nec dubito, quin ea actio in duplum etiam adversus eum danda sit, qui bona fide junxit: id enim textus fere omnes arguunt, qui de hac actione loquuntur. Nam primò, ut benè observavit D. Tuldenus *c. 42.* in eum hæc actio dari dicitur & hoc loco & apud Cajum *d. l. 7. §. cum in suo 10.* adversus quem nec in rem nec ad exhibendum agi potest; quorum utrumque contra est in eo, qui sciens rem alienam junxit, *d. l. 7. §. cum in suo 10.* adversus quem nec in rem nec ad exhibendum agi potest, quorum utrumque contra est in eo, qui sciens rem alienam junxit, *d. l. 23. §. pen. de rei vind.* non quòd sic conveniatur quasi possidens ut tignum restituat, sed ita quasi dolo malo fecerit, quominus possideat, aut restituere possit, ut pretium æstimetur jurejurando in litem, *l. 1. in fin. de tign. junct.* eoque pertinet locus Pauli in *leg. qui res 98. in fin. de solut.* ubi ait, legem 12. tabularum seiscere, tignum ædibus junctum vindicari posse, sed solvi id prohibuisse, pretiumque ejus voluisse dari. Deinde nec hoc ad eum pertinet, qui mala fide junxit; quod denegatur domino materiæ vindicatio, non solùm stante, sed etiam diruto ædificio, si jam ante per actionem de tigno juncto duplum sit consecutus: nam adversus eum, qui sciens junxit, ut furem, præter actionem dupli, extrinsecus adhuc est rei vendicatio, *l. ult. de tign. junct. §. ult. inf. de oblig. quæ ex del.* Huc item facit *l. de eo. 63. de don. int. vir. & ux.* nam cùm ibi solus ille casus excipiatur, quo tignum volente & sciente domino junctum est, satis significatur, in cæteris actioni de tigno juncto in duplum esse locum. Denique cur actionem de tigno juncto etiam adversus eum, qui bona fide junxit, lex duodecim dedisset, si dominus tigni nihil amplius per eam consequeretur, quàm consecuturus esset actione in factum, quæ sublata vindicatione adhuc supererat? *d. l. 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* Huic autem sententiæ duo obstare videntur. Primum est, quòd lex de tigno furtivo locuta est, *d. l. de eo. 63. de don. int. vir. & ux. d. l. 1. de tign. junct.* alterum, quòd iniquum videtur, eum, qui bona fide junxit, in duplum teneri. Quibus hæc reponimus. Primò etiam tignum, quod ab alio surreptum, ab alio bona fide junctum est, furtivum esse, vitio furti rem comitante. Ad hæc, legem 12. tabularum furtivi non ideo mentionem fecisse, quòd nomine non furtivi agi in duplum noluerit, sed quia raro accidit, ut res alienæ mobiles, quæ insciis dominis ad alios perveniunt, in furti vitium non cadant, §. 2. *inf. de usuc.* unde nec Cajus, nec Justinianus, nec Paulus in *d. l. 23. §. pen. de rei vind.* furtivi mentionem faciunt, sed alieni dumtaxat, cùm tamen id omnes proponant ex eadem lege. Postremò, nullam hic esse iniquitatem: nam & injuria, quæ domino materiæ fit, quòd re sua carere cogitur, commodo aliquo pecuniario compensanda fuit, & pro duplo quod ille accipit,

pit, majus vicissim commodum consequitur, qui junxit; ne videlicet cogatur tignum eximere cum metu ruinæ ædium suarum. Sed & potest dupli præstationem effugere, si tignum eximere malit, & domino restituere: neque
3 enim id facere prohibetur lege 12. tabularum, quippe qua cautum est, non ut ne domino tignum eximere liceat, sed ne quis id eximere cogatur, ne ædificia rescindere aut demoliri cum summo damno ædificantis necesse sit, hoc *text.* & apud Cajum *d. l.* 7. §. *cum in suo* 10. *hoc tit. l.* 2. §. *si quis* 17. *l. ult. ne quid in loc. pub.* Unde alii loci explicandi sunt, quibus traditur, legem prohibere, vetare, non permittere tignum solvi, *l.* 6. *ad exh. l.* 1. *de tign. junct. l. qui res* 98. *in fin. de solut.* nimirum non tantum vindicationem, verùm etiam actionem ad exhibendum his verbis legem tollere voluisse, argum. hujus §. & *dict. l.* 23. §. *pen. de rei vind. l.* 1. *de tign. junct.* Equidem fateor etiam publici decoris & ornamenti rationem hac in re habitam fuisse, ne scilicet ædium demolitione & ruinis adspectus deformaretur; cæterum ut hæc consideratio extrinsecus legem moverit, non fuisse tamen τὸ τῦ αἴτιον, sive causam, cujus gratia tignum eximi vetuerit, non obscurè ex eo colligitur, quòd alioqui dicendum esset, numquam licere civibus ædificia sua demoliri, aut tignum inde eximere, quod falsum est, *l. sin autem* 27. §. *ultim. l. Julianus* 27. *de rei vind. l.* 5. *in fin. C. eod. l. pro voluptariis* 9. *de imp. in res dot.* Sed nec quævis tigni exemptio secum trahit ruinam ædificii: unde fortassis non improbabiliter defendi possit, eumdem fuisse scopum legis 12. tabularum, qui fuit senatusconsulti, quo cautum est, ne ea, quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, neve negotiandi causa ædificia demoliri, aut marmora, columnas, aliave tigna detrahere, *l. cætera* 41. §. 1. *l. senatus* 43. *de legat.* 1. *l. senatus* 52. *de cont. empt. l. ult. de damn. inf.* non alia de causa, quàm ut ne integris ædificiis depositis publicus deformetur aspectus, *l.* 2. *C. de ædif. priv.* ac proinde quemadmodum in senatusconsultum non incidit, qui aliquid detrahit citra metum ruinæ; ita nec offendere legem antiquam, qui ut condemnationem dupli evitet, tignum eximere malit, modò id faciat sine periculo ruinæ. Ad hunc ferme modum disputat Bachovius hic. Mihi, ut verum fatear, frustra videtur lege prohiberi, quod sponte sua nemo nisi insanus facturus sit. Moribus harum regio-
4 num actio in duplum de tigno juncto exolevi, consuliturque domino materiæ actione in factum ad pretium consequendum, Grot. 2. *introd. c.* 10. Zypæ *notit. jur. Belg. de rei vind.* uti & jure antiquo ei consulebatur adversus dominum soli, qui ipse tignum non junxerat, sed ab alio forte junctum possidebat; nam in eum demum, qui convictus erat junxisse, in duplum dabatur actio: *l.* 1. *in fin. pr. de tign. junct.* Vinn. Multæ hic nascuntur quæstiones non parum dubiæ, nos binas videbimus. Quæritur an actio de tigno juncto detur adversus bonæ fidei possessorem? Quamvis enim id adfirmet Justinianus; obstare tamen videtur (1) quod lex XII. tabularum tantum egerit de tigno furtivo, *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *ff. de tign. junct. l.* 63. *ff. de donat. inter vir. & ux.* (2) quia hæc actio de tigno juncto sit pœnalis, adeoque locum non habeat adversus eum, qui nihil deliquit, (3) quod Paulus, *l.* 98. §. *ult. ff. de solut.* disertè dicit adversus b. f. jungentem actionem dari in simplum. Sed resp. (1) XII. tabb. non abscisse meminisse tigni furtivi. Verba enim hæc servavit Festus: *Tignum junctum ædibus vineæque ne concapET ne solvite.* Addidit Gothofredus. *Ast qui junxit, duplione damnator. Tigna quandoque sarpta, donec dempta erunt, vindicato.* Unde exempli tantum causa JCti meminerunt tigni furtivi. (2) Quod hæc actio, quamvis pœnalis, etiam adversus b. f. jungentem cadere potest. Ita rectè B. Pagenstecher. in *Irner. inj. vapul. coit.* 34. §. 7. (3) In lege 98. *de solut.* non negatur duplum peti posse, sed pretium refundendum esse, censetur. Quæritur II. an jungens exempto tigno liberetur? Adfirmat noster: adfirmant alii. Sed legem XII. tab. prohibitivam fuisse, patet ex *l.* 6. *ad exhib. l.* 1. *de tign. junct. & l.* 98. *fin. de solut.* Et ratio, ne urbs ruinis deformetur, vel ne ædificia dissolvantur, non admittit, ut dicamus in arbitrio esse jungentis, tignum eximere, an duplum solvere malit, *l.* 63. *de don. int. vir. & ux.* loquitur de eo qui sciente & patiente domino junxit. Hein.

Omnis materia, ex qua ædificia fiunt) Traditur hoc idem & in *l. tigni* 7. *ad exhib. l. tign.* 62. *de verb. sign.* unde quidam ajunt tegulam quoque & lapidem & testam, hoc amplius & calcem & arenam tignorum appellatione contineri: in vineis perticas & pedamenta, cæteraque vineis necessaria, *d. l.* 1. §. 1. *de tign. junct.*

Tunc eam vindicare) Etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit ædificium: nam qui ædes possidet, non intelligitur singula tigna possidere, ut notatum *sup. n.* 1. *l.* 23. §. *ultim. de rei vind. l.* 33. *de acquir. poss. l.* 23. *de usuc.*

TEXTUS.

De ædificatione ex sua materia in solo alieno.

30. *Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus & solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo ædificare: & ideo licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certè illud constat, si in possessione constituto ædificatore soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit. Nam scienti solum alienum esse, potest objici culpa, quòd ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.*

NOTÆ.

30. *Ex diverso*) Ex Cajo *l.* 7. §. 12. *D. hoc tit.*

Si non ignorabat) Nam si ignoravit, quamvis ædificium sequatur soli dominum, materiæ proprietatem non amittit, & eam diruto ædificio vindicare poterit, *l.* 2. *D. de rei vind.*

In possessione constituto) Nam si non possidet, nulla ei actio in re prodita; qua pretium materiæ aut sumptus consequatur, *l.* 33. *D. cond. ind. l.* 14. *D. de exc. dol. leg.* 48. *de rei vind.* Cujacius tamen incerti condictionem dat, id est, possessionis.

Potest objici culpa) *L.* 37. *D. de rei vind.* Hoc tamen ei concedendum, ut sine læsione prioris status rei tollat quod posuit, *d. l.* 37. *l.* 5. *Cod. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quantum ad materiam attinet, jus variare pro conditione personarum ex sua materia in alieno ædificantium.*

2 *Non semper eum, qui in alieno sciens ædificat, donandi animo ædificare intelligi.*

3 *Ædificatorem in possessione constitutum pretium materiæ & impensas servare posse opposita doli mali exceptione.*

4 *Non possidenti nullam eo nomine actionem jure proditam.*

5 *An malæ fidei possessor pretium materiæ & impensas eadem ratione servare possit.*

Explicatur hic species superiori contraria. Illic quæsitum fuit de eo, qui ex aliena materia ædificavit in solo suo, hic quæritur de eo, qui ex sua materia ædificavit in solo alieno. De quo ex personis ædificantium & tempore variè constituitur, quantum quidem attinet ad materiam & impensas in ædificando factas: nam ad ædificii acquisitionem quod attinet, inter personas ædificantium nihil interest, sed illius semper fit domus, cujus est solum, juxta regulam jam traditam & expositam, §. *praced.*

1 *Utique si non ignorabat*) Quum non de ædificio ipso, sed aut de materia, aut de pretio materiæ, aliisve impensis consequendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in proposito ratio est: sed alia ejus, qui bona fide, dum suum putat, alia ejus, qui sciens prudens in alieno ædificavit. De materia ita jus est. Qui ex sua materia in alieno solo ædificavit bona fide; is quamvis ædificium quod posuit, solum sequatur, ac per hoc dominum soli, materiæ tamen proprietatem non amittit, *arg. hujus* §. in verbis à me notatis. Et ideo licèt manente ædificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat, quibus consequi possit, ut materia separetur, & sibi reddatur propter legem 12. tab. de æstimatione tamen ei consultum est, de quo mox; & ædificio diruto poterit ipsam materiam vindicare, *l.* 2. *C. de rei vind.* Qui autem ex sua materia in alieno ædificavit mala fide, placet, eum proprietatem materiæ amittere in tantum, ut ne diruto quidem ædificio eam vindicare possit. Cujus rei rationem hanc affert hic Justinianus post Cajum in *l.* 7. §. *ex diverso* 12. *hoc tit.* quòd sua voluntate materiam intelligatur alienasse, id est, donasse domino soli. Nimirum hæc juris adversus eum, qui non ignorat se in alieno ædificare, præsumptio est, *arg. l.* 14. *de donat. l. cujus per errorem* 53. *de reg. jur.* Cæterum si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit, licèt sciens, non tamen animo donandi ædificasse; dissoluto ædificio materiam vindicare non prohibetur, *l.* 2. *C. de rei vind.* 2 Finge, aliquem in aliena area ædificasse, cujus bonæ fidei emptor fuit: verùm ædificasse quo tempore jam sciebat alienam: negabo id eum animo donandi fecisse. Quippe cùm spem haberet fore, ut aream usucaperet, *arg. l. Julianus* 37. *de rei vind.* Finge, ædificasse in solo litigioso: dicam id sui juris possessionisque tuendæ causa fecisse, non animo donandi, per *d. l.* 2. *C. eod. tit.* Finge denique, colonum, aut inquilinum ædificasse in area conducta: dicam id factum esse, quo commodius re conducta uterentur, aut in ea habitarent, non quòd materiam domino donare voluerint, *leg. do-*

mi-

minus 55. §. 1. *locat.* Sed etsi quis mala fide in alieno ædificavit, dum ex materia item non sua, æquum est soluto ædificio materiam ad pristinum redire, *arg. d. leg.* 2. Atque hæc etiam communis Interp. sententia est. Vid. Wesemb. Mynf. Schneid. Cantiunc. *hic* Bald. Salic. Sichard. ad *d. leg.* 2. Fachin. 1. *controv.* 55.

Si in possessione constituto ædificatore, &c.) Cùm igitur stante ædificio ædificator, cujuscumque generis sit, nullam, ut dictum est, actionem aut exceptionem habeat, qua materiam ipsam consequatur, quæsitum est de materiæ æstimatione cæterisque impensis, quæ in ædificando factæ sunt, anne eas saltem ædificator remedio aliquo consequi posset? Atque hic iterum aliud atque aliud pro circumstantia temporis & conditione ædificantium

3 servatur. Primùm refert, possideat ædes ædificator, an non possideat. Si possideat, placet, eum impensas servare posse per retentionem, opposita doli mali exceptione, si dominus ædificium vindicet non oblata restitutione impensarum. Et hoc est, quod Jurisconsulti in *d. l.* 7. §. *ex diverso* 12. & Imp. hic ajunt, *Si in possessione constituto ædificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ, posse eum per exceptionem doli mali repelli*; nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior; *l. nam hoc natura* 14. *de cond. ind.* junct. *l.* 1. *de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque dumtaxat dandam, quo res facta est pretiosior, *l. in fundo* 38. *de rei vind.* & ita demum si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *l. sumptus* 48. *eod.* Nam qui suum tantùm recipere vult, nihil dolo facit, *l. nihil dolo* 129. *de reg. jur.* nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantùm agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuan-

4 tur. Si non possidet, nulla ei actio jure prodita est, qua prætium materiæ aut sumptus à se factos consequatur. Id adeo ita esse, remotio actionum, quæ hic esse possint, declarabit. Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex 12. tab. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, *leg.* 1. *de tign. junct.* In factum actio, de qua in *l. in rem* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind.* non datur adversus eum, cujus nullum factum intervenit. Sed nec actio esse potest negotiorum gestorum: quia qui in rem tamquam suam aliquid impendit, suum negotium, non alienum gerit; qua ratione etiam ei denegatur repetitio, *l.* 5. *C. de rei vind.* Et generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium sibi obligent, *l.* 4. *C. de neg. gest. l. in hoc* 14. §. 1. *vers. diversum*, *comm. divid.* quippe actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* postremò nec conditionem indebiti habere potest: nam ut differit Jul. *l. si in area* 33. *de cond. ind.* qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum confert: tantùm quod suum est, dominus suo jure recipit. In quam rem extat & generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse, *leg. ex quibus* 51. *d. tit.* Sed non opus est hac inductione: de singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse quam per retentionem, opposita doli mali exceptione, si res à domino vindicetur, Papinian. *l. sumptus* 48. *de rei vind.* Julian. *d. l. si in area* 33. *de cond. ind.* Paul. *l.* 14. *de dol. mal. exc.* Pompon. *l. hæres* 21. *ad sen. Treb.* Quamobrem cùm hoc remedium nulli alii competere possit quàm possidenti; nobis non licet contra manifestam rationem juris & textus expressos aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet ei ultro pro consequendis impensis actione, idque solo æquitatis obtentu, deficieute causa & fundamento, in quo actio radicetur, per *l.* 1. *C. de legib.* scilicet facilius alicui actione instituta per officium judicis succurritur in eodem judicio, quàm ut inducatur actio, quæ nonnisi ex certis principiis juris nascitur: ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit, nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. Ant. Fab. 26. *err.* 9. & *seq.* Tim. Fab. *anniverf. disp.* 13. *th.* 3. Existimat quidem D. Cujacius 10. *obs.* 4. posse non possidentem condictione incerti possessionem repetere, atque ita adhuc contra agentem opposita doli mali exceptione sumptus servare, *arg. l. indebiti* 15. §. 1. *l. qui exceptionem* 40. §. 1. *de cond. ind.* Sed multum interest, utrum quis in rem alienam qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi impensas faciat, de quo casu dd. textus loquuntur; an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic proponitur, per text. in *d. l.* 14. §. 1. *comm. div. l.* 5. *C. de rei vind.* Fallitur quoque Martinus Glossator, eumque secutus Gœd. in *leg. impensæ* 79. *de verb.*

verb. sign. dum non possidenti utilem actionem negotiorum gestorum dant, *arg. l. 9. §. 3. de neg. gest. l. 8. de pign. act. l. 7. §. ult. sol. matr.* Nam *in d. l. 6.* §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas tanquam alienas gerendas accessit, licèt eo animo, ut inde lucrum faceret, aut quasdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui impensas fecerint in rem, quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum est, vel actione contraria vel negotiorum gestorum sumptus in eam factos consequi posse; quod & vulgo hic notant DD. Non obstat nobis *l. 5. C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei possessor dicitur habere repetitionem necessariarum impensarum. Primùm quia hic non de necessariis impensis quæritur, sed de utilibus. Deinde quia ex eo, quòd dicitur impensarum esse repetitio, non sequitur, illico eo nomine etiam esse actionem: sufficit enim repetitionem esse suo modo, per retentionem videlicet & exceptionem: quippe verbum repetitionis uti petitionis, etiam ad eum pertinet, qui exceptione utitur, *l. 1. de except. l. 15. rat. rem. hab.* neque aliter *in d. l. 5.* accipi potest, ubi agitur de ædificatore constituto in possessione, D. Don. 20. *comm.* 7. post Cyn. Castr. Salic. in *d. l. 5.* Martini tamen sententiam æquitatis commendatione nunc in judiciis prævalere, saltem quatenus dominus locupletior factus est, scribit D. Carol. Molin. *ad consuet. Paris. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *num.* 82. *& seqq.* quod promptius admittendum in eo, qui bona fide in alieno ædificavit, per *l. si me & Titium* 32. *de reb. cred.* Paul. Bus. ad *l.* 33. *de cond. indeb.* Diod. Tulden. *hic cap.* 58. nam & hic diruto ædificio materiam ipsam vendicare non prohibetur, add. Garz. *de expens. & meliorat. c. 1. n. 24. & c. 7.* Zypæ. *not. jur. Belg. de rei vind.*

5 *Utique si bona fidei possessor fuerit, &c.*) Non satis est ad servandas impensas, ædificatorem in possessione constitutum esse, nisi factæ sint bona fide: malæ fidei possessori hæc impensarum deductio denegata est, *l. Julianus* 37. *de rei vind. l. idque* 45. §. 1. *in fin. de act. empt. l. 5. C. de ædif. priv.* Quibus consentaneum est quod scribit Papinianus, *l. sumptus* 48. *de rei vind.* sumptus in prædium alienum factos peti quidem non posse, sed exceptione doli opposita per officium judicis, æquitatis ratione servari, si à bonæ fidei possessore facti sint; ut intelligamus in malæ fidei possessore, ne æquitatis quidem ratione eo pacto servari debere. Etenim si is item simili se exceptione tueri velit adversus dominum vindicantem, culpam ei objici posse, & à domino replicari, quòd temere & sciens ædificaverit in alieno solo, *hoc text. & l. 7. §. ex diverso* 12. *eod. l. Julianus* 37. *de rei vind.* Denique sumptus per errorem factos hac ratione servari posse, *l. sin autem* 27. §. *ult. d. tit.* qui improbe facti sunt, restituendos non esse, *l. 5. C. de ædif. priv.* Quid igitur est, quod Paulus scribit *l. plane* 38. *de hær. pet.* etiam in prædonis persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Non distinguam, ut vulgo, inter petitionem hæreditatis & specialem actionem in rem; neque enim adhuc ulla ratio mihi probabilis visa, cur in proposito hæc judicia separentur: sed animadvertendum est, Paulum non simpliciter dicere, etiam prædonem impensas deducere, aut imputare, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare; verùm in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum & utilium. Quod sic omnino accipi debet, ut necessarias quidem deducat; (nam necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam qui mala fide possident, *l. 5. C. de rei vind.*) utiles verò, de quibus solis hic quæritur, sine læsione rei tollat, *d. l. Julianus* 37. *de rei vind. l. 5. C. eod.* Nam ita quoque in prædonis persona utilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum stricto jure nulla ei potestas. Quid ergo, si nolit petitor pati, ut utiles impensas tollat? Potest sane id pro suo jure facere, *l. in fundo* 38. *de rei vind.* sed hoc casu utiles quoque impensæ deducentur, ne quod ait Paulus, ex aliena jactura petitor lucrum sentiat: quæ ratio in utilibus impensis hoc demum casu locum habet, non autem si paratus sit petitor pati, ut tollantur. Ita D. Ant. Fab. *conj.* 1. *& dec.* 26. *err.* 8. *& seqq.* cui in hoc assentior, licèt D. Bachovius vulgatam inter petitionem hæreditatis & singularum rerum distinctionem magis probet, *not. ad* Treutl. 1. *disp.* 14. *thes.* 19. *& p.* 2. *disp.* 20. *thes.* 6. Alii, *d. l.* 38. restringunt ad impensas utiles & necessarias simul. Sed tunc nihil definierit Jurisconsultus, de utilibus tantùm: & tam utiles simpliciter, quàm quæ simul necessariæ sunt, intellexisse Jurisconsultum, ostendunt exempla, quæ in *l.* 39. *eod. tit.* mox proferuntur: inter quæ & litis æstimatio servorum gratia soluta; quæ utique utilis tantùm impensa est, non etiam necessaria. Quæstio universa de retentione rei ob sumptus in eam à possessore factos multas & magnas recipit varietates, tum ex personis possessorum & petitorum, tum ex causis & generibus sumptuum, quæ omnia sigillatim perse-

se-

sequi non est hujus loci. Vid. D. Donell. 20. *comm.* 7. Costal. in *l. in fundo* 38. *de rei vind.* & *l. si in area* 33. *de cond. ind.* Menoch. *rec. poss. rem.* 15. *num.* 500. & *seqq.* Charond. *lib.* 10. *resp.* 16. Garz. *de expens.* & *meliorat.* & alios allegatos à D. Christin. *vol.* 2. *decis.* 174.

TEXTUS.

De Plantatione.

31. *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit, si modò utroque casu radices egerit: ante enim quàm radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non patitur, ut alterius arbor esse intelligatur, quàm cujus in fundum radices egerit. Et ideo circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.*

NOTÆ.

31. *Si modo utroque casu radices*) Quia ex eo tempore, non solùm ut superficies solo adhærescit, & cum solo unum corpus constituit, *l.* 40. *D. de act. empt.* sed etiam ex solo alimentum trahit: unde nec eadem arbor, quæ in alieno solo coaluit, manere intelligitur, nec denuo eruta ad priorem dominum revertitur, *d. l.* 26. §. 2. *boc tit.* Cæterum Nerva, & Varus priori domino utilem in rem actionem dabant, *l.* 5. §. 3. *de rei vind.*

Communis fit) Non pro indiviso, sed pro regione cujusque prædii, *l.* 8. *b. tit.* eruta autem pro indiviso communis esse incipit, *l.* 19. *comm. div. l. pen. pro soc.* Itaque in *d. l.* 8. §. 1. pro & *sunt pro indiviso communia prædia*, legendum est, *pro diviso*. Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Proprietatem arboris transplantatæ post coalitionem ita immutari, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur.*

2 *Quomodo priori domino consulatur de pretio plantæ, primùm ei, qui alienam posuit in solo suo, deinde & qui suam posuit in alieno.*

3 *Pomponius cum Cajo & Justiniano conciliatus.*

SEcunda species cessionis propositæ est plantarum positarum in alieno solo; de qua ita post Cajum in *l.* 7. §. *ult. boc tit.* scribit Justinianus; *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit.* Et ex diverso, *si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit; si modò utroque casu radices egerit, ante enim quàm radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat.* Tria sunt, quæ his verbis docemur. Primum est, plantas in alieno solo positas ejus manere, cujus fuerant, usque dum radices egerint. Alterum, ex quo radices egerint, solo cedere, & incipere ejus esse cujus est solum. Tertium, nihil in proposira specie interesse, utrum quis in suo solo plantam alienam posuerir, an in solo alieno plantam suam. Ratio cessionis supra est exposita, cui etiam hæc accedit, quòd plantæ non tantùm in solo consistant, sed ubi radices egerinr, etiam ex eo solo alimento capiant, & succum, citra quem vivere ac vegetari non possunt, *l. sed si meis* 26. §. 2. *boc tit.*

Si modò utroque casu radices egerit) Idem valet, si coaluerit, §. *seq.* & *d. l. sed si meis* 26. §. 2. *eod. l. boc amplius* 9. §. *Alfenus* 2. *de damn. inf.* Nam radicum immissione fit, ut plantæ cum terra coalescant & uniantur, ut jam earum non sit separatum à fundo corpus, *l. Q. Mucius* 40. *de act. emp.* Coaluisse autem & radices immisisse certum indicium est, si vivit adhuc & vegetatur arbor post id tempus, quo emori & exarescere poterat, & certius etiam, si quid ex se emittar, aut fructum ferar. Et 1 sciendum est, proprietatem arboris transplantatæ, ubi semel radices egerit, ita commutari, ut nec eruta postea ad priorem dominum revertatur, *d. l. sed si meis* 26. §. 2. Quamobrem nec ei sic consultum est ut domino materiæ, quæ juncta est alieno ædificio: quippe quam dominus, cùm eadem maneat, & suo sensu ejusdem diruro ædificio vindicare potest, *l.* 2. *C. de rei vind.* arbor autem, quæ in aliena terra coaluit, non manet eadem, sed fit alia & nova alieno novi soli alimento, *d. l. sed si meis* 26. §. 2. Hinc eriam est, quòd qui plantam suam in alieno posuit, nec possidens retentionem habeat in hoc, ut positam sibi tollere liceat, cùm nec separata ejus sit: quod contra est in eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit, *l. sin autem* 27. §. *ultim. l. Julianus* 37. *de rei vind. l.* 5. *C. eod.* vid. §. *præc.* Cæterum æquum est, adversus eum, qui alie- 2 nam arborem in suum transtulit, de pretio saltem priori domino arboris consuli, ne sic res ei pereat alieno facto, ut nec æstimationem consequatur. Dabimus ergo ei actionem in factum ex definitione, *l. in rem* 23. §. *idem quæcumque* 5. *de rei vind.* Varus & Nerva utilem in rem dabant, *l.* 5. *de arbore* 3. *d. tit.* ni-

nimirum pretii consequendi gratia: nam directam in rem non habet, *l. 9. §. Alfenus 2. de damn. infect.* Adversus eum, qui mala fide transtulit, est etiam actio furti, & condictio furtiva, ut adversus furem, *§. ult. inf. de obl. quæ ex del.* Est & vindicatio, & ad exhibendum, non quasi adversus possidentem, sed quasi qui desierit possidere, *l. 1. in fin. & l. 2. de tign. junct.* At si quis suam plantam posuerit in alieno, hic eadem obtinebunt, quæ diximus de eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit. Igitur si possessione excidit, nullam de pretio arboris aut sumptibus à se factis actionem habet: nam nec in factum dari potest; quia hæc est de damno alii dato, solùm hoc ei relinquitur, ut si bona fide posuit, & adhuc in possessione est, æstimationem & sumptus servet per doli mali exceptionem, *l. si quis sciens 11. C. de rei vind. l. qua ratione 9. in pr. hoc tit.* Malæ autem fidei possessori culpa objici potest, quod temere plantam posuerit in solo, quod sciebat alienum esse, *arg. §. præc.*

Ut in ejus fundum radices egerit) Sic nimirum, ut tota jam ex terra Titii alatur: quod aliquando contingere potest; veluti si veteribus radicibus exarescentibus aut putrescentibus, novas arbor in vicini fundum projiciat, ita ut jam omne alimentum ex terra vicini dumtaxat trahat. Consulendi hic rei rusticæ studiosi. Illud à mente & verbis Justiniani plane alienum est, quòd quidam scribunt, non veterem arborem, quæ in vicino fundo posita in Titii fundum radices egerit, Titii fieri; quasi impossibile sit, ut ea omnes radices in Titii fundum agat, sive ut tota inde alatur; sed novam, quæ forte ex ramis in terram Titii depressis exurgat. Ait enim Justinianus, proprietatem arboris commutari; quod omnino de vetere arbore, quæ ante vicini erat, accipiendum est. Et quod sequitur de arbore prope confinium posita, eam communem fieri, si in vicini quoque fundum radices egerit; non de alia accipi potest, quàm quæ antea fuerat tota unius.

Si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit) Efficit hoc eadem ratio: sed hoc sic temperandum, si ea arbor in vicini fundum etiam integras aliquot radices egerit; nam si extremas tantùm radicum partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde nonnihil alimenti capiat, ejus tamen manet, cujus in fundo origo ejus fuit; eo quòd radices magis juxta arboris truncum spectandæ quàm partes
3 earum extimæ. Et ita Pomponius in *l. 6. §. ult. arb. furt. cæs.* cum Cajo & Justiniano conciliandus. D. Pac. *in analys. hic.* VINN. Immo diversas fuisse adparet Caji & Pomponii sententias: Cajus nec trunci, nec ramorum rationem habet: Pomponius solius trunci. Germani fere ad ramos respiciunt; ut fructus in tantum sint communes, in quantum in utriusque fundum propendent rami. Jus Prov. Sax. *Lib. 2. art. 52.* Simile quid ex statuto Ultrajectino & moribus observari in provinciis Belgicis, notavit B. Huber. *Præl. hoc t. §. 41.* HEIN.

Communis fit) Abusivè. Non enim pro indiviso communis fit, sed pro regione cujusque prædii, *l. pro regione 8. hoc tit.* Cæterum eadem arbor eruta communis esse incipit pro indiviso tamquam partibus quæ prius certis locis distinguebantur, jam invicem confusis. Eademque ratio est lapidis in confinio nati, & inde postea exempti, *l. arbor. 19. comm. div. l. pen. pro soc.* rectèque monet D. Cujac. *hic in d. l. pro regione 8. hoc tit.* legendum esse, *& sunt pro diviso communia prædia*; non ut in codice Pisano legitur, *pro indiviso.* Et verò confinium non est nisi in fundis vicinis, qui finibus discreti sunt.

TEXTUS.

De Satione.

32. *Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterum sicut is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundùm ea quæ diximus, ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide conseuit.*

NOTÆ.

32. *Bona fide conseuit*) Addendum hoc Cajo *d. l. 9. pr.* Nam bonæ fidei possessori tantùm hæc exceptio competit, *d. l. 11.*

COMMENTARIUS.

TErtia species accessionis superiori planè similis est frumentorum, quæ in alieno fundo sata sunt: nemo enim unquam dubitavit, quin si in meo fundo tuum frumentum severim, segetes meæ fiant; & ex diverso, si tuum fundum meo frumento conseverim, tuæ fiant: non enim semen, quòd injectum solo est, amplius inspici placuit, sed solum, in quod injectum est, & corpus unde segetes nascun-

cuntur, *l. qui scit 25. in princ. & §. 1. de usur.* Quibus autem modis domino plantæ, quæ in aliena terra coaluit, consulitur, iisdem & domino injecti seminis. Igitur si quis suum fundum alieno semine bona fide conseverit, non poterit dominus seminis alia actione quàm in factum æstimationem consequi: adversus eum autem, qui idem fecerit mala fide, est actio furti & condictio furtiva; est & in rem & ad exhibendum, ut adversus eum, qui dolo malo desiit possidere. Quòd si quis alienum fundum suis impensis conseverit, siquidem bona fide, is, si in possessione sit, poterit per retentionem impensas à se factas servare, opposita doli mali exceptione, si res vindicabitur, *l. 9. hoc tit.* possessione verò amissa, nullam impensarum nomine actionem habet, si mala fide, nec possidens quidem, vel per retentionem quicquam servare potest, *leg. si quis 11. C. de rei vind. fac. l. qui alienum 14. de donat.*

TEXTUS.

De Scriptura.

33. *Litteræ quoque licèt aureæ sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur. Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.*

COMMENTARIUS.

HÆc quarta species est hujus generis accessionis. Ait, litteras licèt aureas, chartis membranisve cedere, perinde ac solo cedunt quæ inædificantur, aut inseruntur, ut nimirum totius corporis idem sit dominus, qui & chartæ aut membranarum fuit, eadem ratione, qua superiora, quòd scilicet velut in alieno solo positæ habeantur, ac necesse sit ei rei eas cedere, sine qua esse non possunt: quæ Pauli ratio est hujus generis accessionum omnium communis, *l. in rem 23. §. de rei vind.* Qui etiam alibi disertè affirmat, id quod in charta mea scriptum est, meum esse, *l. 3. §. pen. ad exhib.* Etsi igitur litteræ aureæ sint, ut hic dicitur, & in *l. 9. §. 1. eod.* chartisque longè pretiosiores, tamen accessionis vice chartæ cedant necesse est: ut & purpura, licet pretiosior sit, vestimento cedit, & superficies, quæ & ipsa plerumque pretiosior est solo. Contra hanc tamen acquirendi rationem disputat hoc loco D. Hotomannus. Ait, absurdam esse chartæ & soli, ædificii & scripturæ comparationem: non enim sicut area ædium, ita & chartam carminis vel historiæ in ea scriptæ partem esse. Chartam ex earum rerum numero censendam, quæ usu delentur; nam eam scriptura imposita quodammodo interire & consumi, atque ob id sufficere debere, si domino æquè bona reddatur, aut solvatur ejus æstimatio. Sanè perquam iniquum & absurdum videri, eum, qui forte rationes suas aut meditationes in aliena charta scripserit, quas plurium ejus intersit cum aliis non communicari, scripturam amittere, easque chartas à domino vindicari posse. Et quid si inventarius sit aliudve instrumentum, in quo fortunæ alicujus positæ? Sed verum non est quod Hotomannus ait, chartam accessione litterarum perire aut consumi: totaque sua disputatione nihil aliud efficit, quàm quod in proposito, si forte tales species, qualium ille meminit, inciderint, ratio hujus juris non præcisè servanda sit. Quis autem hoc neget? Hodie etiam totum hoc jus mutatum creditur, ut jam non amplius scriptura chartæ, sed charta scripturæ cedat, chartamque ad se per prævalentiam scriptura trahat, testis post alios Mynsing. *hic* ex nostris Grotius *lib. 2. manuduct. c. 8.* add. Diod. Tuld. *hic c. 38.*

Poterit se Titius defendere per except.) Scribentis, nisi chartam possideat, scriptura sua perit: nam neque vindicare eam potest, quia totum vendicaret, quod illius non est; nec ad exhibendum agere, ut scriptura separetur, quod fieri non potest. In factum quoque actionem non habet magis quàm cæteri, qui in alieno quid posuerunt, quod solo cesserit; adeoque ipse suo sibi pacto scripturam adimit, dum chartæ adjicit, cujus dominus eam à re sua accipit, ut dominus soli à solo accipit ædificata & sata, *l. si in area 33. de cond. ind. l. 11. C. de rei vind.* Tantùm exceptio doli bona fide possidenti relinquitur, ut per retentionem rei impensam scripturæ consequatur, *d. l. 9. §. 1. hoc tit.* nec aliter tamen, quàm si & scriptura utilis sit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter scripturam, *arg. l. in fundo 38. de rei vind.* Cæterum non ut qui soli dominus est, alienam materiam aut plantam solo suo jungere potest; ita & qui dominus est chartæ; alienam scripturam chartæ suæ imponere. Quamobrem nec omnia, de quibus in superioribus, ad hanc speciem applicari possunt.

TEX-

TEXTUS.

De pictura.

34. *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere, aliis videtur, picturam (qualiscumque sit) tabulæ cedere: sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si à domino tabulæ imaginem possidente is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ; poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si bonæ fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quòd sive is qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

NOTÆ.

34. *Nobis videtur melius*) Amplectitur sententiam Caji in *l.9. §.2. h.t.* propter pretium picturæ, id est, propter dignitatem & præstantiam artis. Igitur ζωγραφία efficacior est pictura litterarum.

Qui pinxit eam petat) Recta sive directa vindicatione, quæ pictori ut domino competit, *d. §.2. l.9.*

Utilis actio) Quæ etiam non domino quibusdam casibus datur, *l.5. §.3. D. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in pictura à communi ratione acquirendi recessum?*
2 *Quid si non Apelles aliquis, sed inferioris notæ Pictor in aliena tabula pinxerit?*
3 *Quomodo succurratur domino tabulæ adversus Pictorem?*
4 *Quid si Pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato?*
5 *In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus?*
6 *Eum qui sciens in aliena tabula pinxit, ejusdem conditionis videri, cujus qui sciens in alieno solo ædificavit.*

QUinta & postrema hujus generis species est pictura, quæ & ipsa ex eadem ratione tabulæ, cui imposita est, cedit. Neque quicquam de jure cessionis mutat pretium picturæ: alioqui dicendum esset, nec ædificium areæ, nec purpuram vestimento, nec litteras aureas chartis cedere debere: naturale enim est, ut adjunctum cedat subjecto, hoc est, ei rei, sine qua illud esse non potest, licèt majoris sit pretii, ut disputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura contra sentiebant, *l. in rem 23. §.3. de rei vind.* Cæterum Justinianus hic insuper habita & auctoritate & ratione Pauli, veterum illorum, inter quos & Cajus noster fuit, *l. 9. §. 2. hoc tit.* sententiam amplectitur, vultque nominatim quod iis placebat, in specie proposita subjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ. Rationem si quæras, scribit Paulus *d. loc.* eos, qui in pictura à communi acquirendi ratione 1
recedendum putabant, ita sensisse propter pretium picturæ: quamvis ei hæc ratio tanti visa non sit, ut ob id diversum jus in pictura statui debuerit. Et sane non est, si ea de solo pretio rei pictæ accipiatur: verùm arbitror, veteres maximè pretium ipsius artis spectasse, cujus scilicet tanta sit dignitas, præstantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta sunt, etiam prærogativam aliquam in re, de qua agimus, mereantur. Sanè vocis picturæ significatio *id* non impedit quippe qua non minus ars ipsa pingendi, quàm res aut tabula picta denotatur, veluti cum dicimus, certare pictura, docere, exercere picturam &c. Plin. *lib. 35. c.9. Certamen picturæ institutum est Corinthi ac Delphis, & ejusdem lib. c.10. Hujus* (Pamphili Macedonis) *auctoritate effectum est Sicyone, ut pueri ingenui picturam in buxo docerentur.* Quanto autem hæc ars in pretio atque honore fuerit, vel ex eo æstimare licet, quòd dignatione liberalium censeretur, & quidem in primo gradu: eamque solos ingenuos & honestos exercere fas esset, interdicto perpetuo, ne servitia docerentur, teste Plin. *d.loc.*

Aliis videtur, picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere) Hoc est, picturam, etiam quæ maximi pretii sit, & nobilissimam, cedere tabulæ cui imposita est, licèt longè viliori. *Inter hos autem & Paulus noster est, d. l. in rem 23. §.3. de rei vind.* Cujus sententia cum aliis locis, à quibus commodè separari non potuit, in contextum forte irrepsit. Qui negant: Paulum ab aliis dissensisse, eos oportet esse egregios dissidentium opinionum conciliatores.

Picturam Apellis vel Parrhasii) Quid ergo, si 2
non Apelles aliquis, aut Parrhasius, Zeuxisve aut Phidias, sed alius longè inferioris notæ pictor imaginem, in aliena tabula posuerit? An dicemus, imaginem, quam ille pinxit, tabulæ cedere, quia Justinianus insignium tantùm Pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens esse Imperatoris, cùm Cajus, cujus

cujus sententiam hic sequitur & approbat, simpliciter pronuntiet, placere tabulas picturæ cedere, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Et sanè non satis rationi convenit, ob excellentiam alicujus artificis jus in universum mutari, quòd hic factum est. Quamobrem existimo, Justinianum exempli tantùm causa insignium horum pictorum meminisse, in universum autem non artificis, sed artis præstantiam cum cæteris spectasse, ita propemodum & D. Tulden. *hic c. 38.* & Fabrot. *ad Theoph.* De Apelle, Parrhasio, aliisque primæ notæ pictoribus antiquis vid. Plin. *dd. loc.* VINN. Immo veram rationem attigisse videtur Em. Merillius. *Obs. Lib. 8. cap. 28.* quòd per picturam fiat quædam specificatio. Eam rationem probare etiam video V. C. Schultingio ad Caj. *Inst. 2. 1. 4. p. 82.* HEIN.

Is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulæ.) Ex sententia Justiniani & Caji competit ei qui pinxit adversus dominum tabulæ recta vindicatio. Hinc quia domino tabulæ etiam vice mutua cavendum, ne cum sua re pretium quoque alieno facto amittat; placuit, eum, qui pinxit, non aliter in rem efficaciter experiri, quàm si pretium tabulæ inferat, alioqui nocituram ei doli mali exceptionem, *d. l. 9. §. 2.*

Consequens est, ut utilis actio domino tabulæ) At cui consequens? Nihil enim hactenus dictum, unde hoc consequatur. Immo ex eo, quòd tabulam picturæ cedere dictum est, eumque qui pinxit dominum tabulæ fieri; contra potius colligas, priori tabulæ domino omnem omnino vindicationem negari. Verùm arbitror, Justinianum hoc significare velle cum omnibus, qui rem suam sine facto suo hoc jure amittunt, actione aliqua succurratur, qua si non rem, saltem pretium consequantur; æquissimum esse, ut subveniatur & domino tabulæ, qui rem suam similiter amisit; cumque eo nomine variæ comparatæ sint actiones pro conditione rerum junctarum, veluti ad exhibendum, si separari possunt, *l. 6. ad exh.* si non possunt, actio in factum, *d. l. in rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* nonnumquam etiam ex æquo & bono contra severitatem juris detur utilis in rem, ut in specie, *leg. 5. §. de arbore 3. eod. tit.* quæ prope abest à nostra; placere etiam hanc eandem æquitatis rationem domino tabulæ accommodari. Et fortassis hoc eo facilius, quia tabula eadem & integra manet, & hoc respectu etiam quodammodo ejusdem; nam & materia, quæ ædificio juncta est, simili ratione ejusdem manere dicitur; nec dubito, quin deleta pictura aut inducta, in pristinam causam tabula redeat, & rectè possit à domino vindicari, *arg. l. si habitator 56. de rei vind. l. 2. C. eod.* contra quam existimat Cantiuncula.

4 *Nec solvat impensam picturæ*) Quid ergo, si pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato? uter audiendus? Haud dubiè pictor: quippe qui juris auctoritate verus dominus factus etiam directam in rem adversus possessorem dominum tabulæ actionem habet, qua scilicet efficaciter experiatur, etiamsi possessor retinere malit, paratus solvere impensam picturę, ut rectè post Glossam communiter Interpretes censent: quibus proinde etiam in eo assentior, quòd in concursu adversus tertium possessorem, eum qui pinxit domino tabulæ præferunt; licèt D. Donellus *lib. 4. comm. c. 36.* contra disputet, neutrumque alteri velit præferri, sed occupantis meliorem esse conditionem, in eo errans, quòd existimat, utilem in rem actionem in specie proposita ejusdem esse efficaciæ, cujus est directa, contra mentem Imperatoris & Jurisconsulti, quos manifestum est, sicut tabulam picturæ cedere volunt, ita etiam Pictorem quàm dominum tabulæ, actionem directam quàm utilem potiorem esse voluisse. Disputatio autem Fabri, quando actio utilis directæ præferatur, huc non pertinet: sed locum habet in actionibus in personam, aut ubi quis à domino jus aliquod dominio proximum habet, ut emphyteuta & superficiarius. 5

Utique si bonæ fidei possessor fuerit, &c.) Num igitur ei, qui mala fide pinxit, hac parte juris, nullo modo consultum est? Et doli quidem mali exceptio apertè hic possidenti denegatur, licèt dominus tabulæ tabulam ab eo petat non oblato pretio picturæ. Cæterum omissa exceptione doli, poteritne saltem (quod Wesembecio & Bachovio placere video) excipere de dominio tabulæ, atque ita vincere oblata tabulæ æstimatione, cùm mala fides non impediat, quominus hisce modis per accessionem dominium quæratur? *§. si tamen 26. sup. eod.* Mihi videtur Justinianus non obscurè ei, qui sciens in aliena tabula pinxit, eadem ratione exceptionem denegare, qua supra denegavit ei, qui sciens ædificavit in alieno solo; nimirum quòd hic pictor operam suam & rem, quam contulit, sua voluntate amisisse intelligatur, sicut ille operam & materiam. Quòd si possidenti nullam damus exceptionem, multo minus amissa possessione erit ei in rem actio adversus dominum tabulæ, quamvis pretium offerat. 6

TEXTUS.

De fructibus bona fide perceptis.

35. *Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æquè bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura & cura: & ideo si postea dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei verò qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est, itaque cum fundo etiam fructus, licèt consumpti sint, cogitur restituere.*

NOTÆ.

35. *Vel ex donatione.*) Igitur male distinguit Pac. inter possessorem ex causa onerosa & lucrativa.

Alia justa causa.) Idonea ad transferendum dominium, ut venditio, permutatio, donatio, &c.

Placuit fructus) Non industriales tantùm, sed etiam naturales, ἀσπάρτυς καὶ ἀνηρότυς, *l.* 48. *D. h. t. l.* 78. *D. de rei vind. l.* 13. *quib. mod. us. am.* Nam b. f. possessor fructus jure soli percipit, atque eo jure, quod dominis prædiorum tributum, eive, qui agrum vectigalem habet, *l.* 25. §. 1. *D. de usur.* Obst. *l.* 45. *D. d.t.* Resp. intelligenda est de possessoribus, qui justum titulum non habent.

Fructibus consumptis) §. 2. *inf. de off. jud. l.* 4. §. 2. *D. fin. reg.* Ex contrario igitur extantes omnes restituere tenetur: quod & traditam *l.* 22. *C. de rei vind.*

Qui alienum fundum sciens) Malæ fidei possessor cum ipsa re etiam fructus, licèt consumpti sint, restituere cogitur, *d. l.* 22. teneturque de extantibus rei vindicatione, de consumptis condictione, *l.* 3. *C. de cond. ex leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit fructus & quotuplex.*
2 *In persona acquirentis quæ spectanda.*
3 *Quando fructus percepti intelligantur.*
4 *Præcipuam & adæquatam hujus acquisitionis causam esse possessoris bonam fidem.*
5 *Denegari possessori fructuum acquisitionem, ex quo cognovit rem alienam esse.*
6 *Nihil in proposito interesse, titulo oneroso possideat quis, an lucrativo.*
7 *Ostenditur multis cum rationibus, tum exemplis, qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare.*
8 *Pomponius cum aliis conciliatus.*
9 *Bonæ fidei possessorem fructus omnes consumptos lucrari, non consumptos restituere.*
10. *An bon. fid. possessor consumptorum fructuum nomine teneatur, quatenus ex iis locupletior factus est?*
11 *Quid circa præsentem disputationem in praxi obtineat.*
12 *Malæ fidei possessorem, nullos fructus aut percipiendo suos facere, aut consumendo lucrari.*

MOdos acquirendi jure gentium commodioris doctrinæ gratia ita supra distinximus, quòd quædam eo jure nobis acquirantur facto nostro & occupatione, quædam solius rei nostræ beneficio ac potestate: in quibus tamen explicandis ordinem à Compositoribus servatum hic sequi necesse fuit: & fere jam hi modi etiam speciatim à nobis expositi sunt, omnes quidem omnino & singuli, quibus sine facto nostro sola rei nostræ vi acquirimus: quibus verò facto nostro, paucis exceptis, scilicet inventione thesauri, & apprehensione rerum, quæ à dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur: de quibus adhuc postea dicendum. Ad neutrum autem horum modorum videtur referri posse acquisitio fructuum ex re aliena bona fide possessa perceptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei possessoris jure & potestate rei suæ, unde non nascuntur neque solo ipsius facto, puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent & malæ fidei possessoris, atque ab alio percepti, agrove ab alio consito, bonæ fidei possessoris non fierent, licet perceptio bonæ fid. possessori sit causa sine qua non. Denique ulla alia ratione videtur hæc forma acquisitioni defendi posse: nam cùm inter cætera, quæ potestate rei nostræ jure gentium acquirimus, vel maximè sint fructus, qui ex ea nascuntur, *l. qui scit* 25. *in pr.* & §. 1. *de usur. l.* 1. & *l.* 6. *hoc tit. l.* 11. *C. de rei vind.* §. *item ea* 19. *sup. eod.* ejusdem quoque juris ratione convenire videtur, ut iidem fructus nostri maneant, etiam cum à re, unde extiterunt, separati sunt. Nam si fructus pendentes pars sunt fundi & ejus, qui fundi dominus est, *l. fructus pendentes* 44. *de rei vind.* necesse est etiam separatos ejusdem manere: id enim est quod dicitur: meum esse, quod ex re mea superest, *l. solum* 49. §. 1. *d. tit.* Et res ita habet. Cæterum hæc acquisitio istius regulæ quædam exceptio est; placuitque hic rem ipsam potius, quæ acquiratur, & personas acquirentium quàm modum formamve acquisitionis communem spectari. Tres igitur causæ sunt, quæ huic acquisitioni locum faciunt, res, quæ acquiritur, persona acquirentis, acquirendi ratio & modus. Res,

quæ

quæ acquiritur, sunt fructus. Fructus teste Varrone 4. *de ling.* à ferendo dictus est, ut sit omne id, quod res ferat. VINN. Hæc non reperio apud Varronem, qui *lib.* 4. *cap.* 4. *fruges & fructus* derivare videtur à *fruendo*, spicas à spe, culmum à culmine. Cæterum fructus propriè dicuntur, ex ipso corpore obvenientes. Qui rei tantum occasione ad nos redeunt; propriè fructus non sunt, *l.* 121. *ff. de V. S.* Interpretatione tamen & hæc pro fructibus habentur. Et ita intelligenda quæ apud auctorem sequuntur. HEIN. Nostri, cum generaliùs loquuntur; appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei jure percipiuntur, cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, reditus annui: unde nec propriè fructus sunt, *l. usuræ* 121. *de verb. sign. l. si navis* 62. *de rei vind.* sed in fructu numerantur, qui vicem fructuum obtinent, *l. videamus* 19. *l. usuræ* 34. *l. prædiorum* 36. *de usur. l. mercedes* 29. *de hær. pet.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *l. ancillarum* 27. §. 1. & 3. *seqq. d. tit. d. l. si navis* 62. *de rei vind.* Cæterum de isto genere hic non quæritur. Naturales fructus sunt, quos natura ex re ipsa producit: eorumque duplex item potest esse consideratio; aut enim natura sola & *αὐτομάτως*, sponte magis quàm diligentia hominis proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, aut natura quidem adjutrice, cæterum facto magis & industria hominum: quos quia natura non producit, nisi accedat labor & industria hominis, industriales vulgus Interp. appellavit, cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, *l. fructus* 45. *de usur.* unde hæc distinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam, *arg. l.* 7. §. *non solum* 9. *sol. matr.* Wesemb. *hic* Don. 4. *comment.* 25. Menoch. *de arb. cap.* 120. *n.* 25. Et sane hæc absque cura & sumptu possessoris non proveniunt, sed tamen non ideo minus fructus naturales censeri oportere contendit Pinell. *in leg.* 2. *C. de resc. vend. p.* 2. *c.* 4. *num.* 52. & D. Tulden. *cap.* 45. post Curtium 2. *conject. ad frat. c.* 44. Ego cum Bartolo in *l. & ex diverso* 35. *de rei vind.* Covar. 1. *resol.* 3. *n.* 6. existimarem, nonnihil hic tribuendum esse arbitrio judicis: quamvis id ad quæstionem propositam parum faciat. Ut ut est, de utroque hoc genere, sed solo disputatur hoc §. In persona acquirentis duo exiguntur, ut possideat, hoc est, animo & affectu dominantis rem teneat, *l.* 13. §. 1. *de publ. in rem act.* ut 2
possideat bona fide, id est, justam causam habeat, ob quam existimet rem ad se pertinere, *l. qui à quolibet* 27. *de cond. empt. l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign.* Modus horum fructuum acquirendorum est perceptio: nec interest, an ipse possessor eos percipiat, an alius suo nomine, non possessoris, *l. si fructuarius* 13. *quib. mod. usuf. amitt. l. qui scit* 25. §. 1. *de usur.* Percepti autem fructus intelliguntur, simul 3
atque à re qua tenebantur separati sunt. In fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spicas aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus & pomis dejectis aut decerptis, licèt nondum collecti aut evecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *d. l. si fructuarius* 13. & *d. l. qui scit* 25. §. 1. *l. si ejus* 78. *de rei vind.* In animalibus, cum fœtus editus; lac expressum, lana detonsa est, *l. in pecudum* 28. *de usur. l. bonæ* 48. *in fin. hoc tit.* Nonnumquam tamen verbo percipiendi aliquid amplius designatur quàm simplex illa, quam dixi, fructuum à re separatio; quomodo accipiendum quod Paulus scribit in *d. l. bonæ* 48. fructus bonæ fidei possessoris fieri: etiam prius quàm eos perceperit, nimirum prius quàm perceperit plenè & perfectè, prius quàm eos collegerit, avexerit, quàm spicam triverit, uvas, olivas expresserit, *d. leg. si ejus* 78. *de rei vind.* Tribuitur igitur hæc acquisitio perceptioni. At quo jure, quave ratione? Naturali, ut ait Justinianus hic, nimirum propter culturam & curam possessoris percipientis. Sed enim neque sola hæc acquisitionis hujus ratio est, neque præcipua, ut patet ex iis, quæ jam disputata sunt: & si culturæ tantùm aut curæ ratio hic haberetur, hoc solùm possessori concedendum esset, ut impensam & operam in colendo & curando præstitam imputet, atque ad eum dumtaxat modum fructus deducere vel retinere possit, si aliter ei restitutio non fiat. Principalis verò ratio in 4
persona possessoris quærenda, ea est bona fides, quippe quæ facit, ut possessor pene pro domino haberi debeat, *d. l. qui scit* 25. §. 1. *de usur. d. l. bonæ fidei* 48. *hoc tit.* hinc non tantùm fructus, sed & cætera fere omnia, quæ dominis tribuuntur, eadem tribuuntur & bonæ fidei possessoribus: veluti amissa possessione actio in rem Publiciana, in his rebus quæ usucapi possunt, §. *namque si cui* 4. *inf. de act. tot. tit. de Publ. in rem act.* item quæ servi alieni & liberi homines bona fide possessi ex operis

ris suis aut re possessoria acquirunt, §.4. *vers. idem placet infr. per quas perf. cuiq. acq.* In summa, bona fides tantumdem præstat possidenti, quantum rei veritas, quoties lex impedimento non est, ut ait Jurisconf. in *l. bona fides* 136. *de reg. jur.* VINN. Non ignotus hic JCtorum dissensus. Alii culturam & curam statuunt esse hujus adquisitionis causam: alii cum auctore nostro bonam fidem. Hinc illi industriales tantum, hi & naturales fructus b. f. possessori adquiri putant. Res clara videtur. Causa proxima est *cultura & cura*, id est qualiscumque cura rei impensa. Culturam enim & curam synonima hic esse, pridem docuit V. C. Ger. Noodt *Prob.* 11. 7. At causa remota est bonæ fides. Hinc tametsi bonæ & malæ fidei possessor eamdem curam rei impendant: tamen hic fructus non acquirit, quia ipsi nec color nec jus colendi fuit. Rem eleganti loco ex Terentii Adelph. *act. v. scen.* 3. *v.* 27. ilustrat laudatus Noodt *Comm. ad ff. tit. de re vind. p.*167 *Tom. II. Op.* An ergo & naturales fructus adquirit b. f. possessor? Omnino, quia nulla res est, quæ si non culturam, saltim curam aliquam exigit. HEIN.

Quem dominum esse crediderit) In hoc potissimum versatur bona fides. Nihil autem interest, putaveritne eum dominum esse, qui non erat; an sciverit dominum non esse, & putaverit eum jus alienandi à domino aut lege habere, puta procuratorem aut tutorem esse, *l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign*, *l. ult. pro empt. l.* 13. §.1. *& l. seq. de Publ. in rem act. l. qui à quolibet* 27. *de cont. emp.* At enim si dominum esse existimet, necesse est, ut simul credat esse eum, cui rerum suarum alienatio non sit interdicta: nam si verbi causa à pupillo, quem dominum putet, rem emerit sine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emisse, *d.l.* 13. §.2. *de Public. d.l. quia quolibet* 27. *de cont empt.* Si tutorem putet, ut credat etiam se ab eo emere lege non prohibente, *d. l.* 13. §. 2. *l. lex quæ* 22. *C. de adm. tut.* Si existimet procuratorem, ut puret, aut esse eum, cui nominatim de re tradenda mandatum sit; aut eum, cui libera negotiorum omnium administratio à domino permissa, *l. jusjurandum* 17. *in fin. de jurejur. l.* 9. §. *nibil autem* 4. *boc tit.*

Aliave justa causa) Nam cùm nunquam nuda traditio dominium transferat, non aliter existimare potest rem in se transferri, quàm si justa causa præcedat, propterquam traditio sequatur, *l. nunquam* 11. *boc tit. d.l.* 13. §. 1. *de Public. in rem act.* Justam autem causam appellat justum titulum, ex quo si res à domino; eove, qui jus transferendi habet, tradetur, dominium statim in accipientem transiret, cujusmodi causæ sunt emptio, donatio, dos, 3
permutatio, legatum, judicatum, noxæ deditio, transactio, adjudicatio, *l.* 1. *& seqq. de Public. in rem act.* Nec sufficit putare; titulum intervenisse, si non intervenerit: nam ut falsa existimatio nostra usucapionem non petit, ita nec ad fructuum acquisitionem prodesse debet: nisi forte huic nostræ opinioni causam dederit justa & probabilis facti ignorantia, vid. *inf. de usuc.* §. *error.* 6.

Æquè bona fide acceperit) Neque sufficit, possessorem rem ab initio bona fide accepisse, 5
si postea cognoverit rem alienam esse: nam ex eo tempore, ut bonæ fidei possessor esse definit, ita quoque denegatur fructuum acquisitio *l. qui bona* 23. §.1. *boc tit.* licèt usucapio ipsius rei adhuc procedat, *l. pen. pro empt. l. un. C. de usuc. transf.* quippe in usucapione tantùm una acquisitio, & ideo in ea sufficit, vel initium possessionis justum esse; in fructibus autem acquirendis, ut multæ sunt acquisitiones, ita & in singulis *bona fides* spectanda, nec unum initium, ut in usucapione, sed singula momenta, *d. l. qui bona* 23. §.1. *l. bonæ fidei* 48. §.1. *boc tit.* Contrarium tamen videri potest, quod scribit Julian. *l. qui scit.* 25. §.2. *de usur.* bonæ fidei possessorem etiam eum in percipiendis fructibus intelligi, qui postea cognovit rem alienam esse, quamdiu ea evicta non fuerit, nisi dicamus cum Glossa & Bart. Julianum nihil aliud significare voluisse, quàm hujusmodi possessorem, manere interim in possessione percipiendi fructus, nec in ea perceptione ab eo, qui se dominum esse intendit, pendente lite, quamdiu de scientia nondum verè constat, turbari posse: at re evicta, & legitimo judicio ablata, si de restitutione & effectu acquisitionis quæratur, retroversus malæ fidei possessorem intelligi, ex quo res ab eo petita est, atque exinde fructuum nomine teneri, ut quemvis malæ fidei possessorem: & sanè hoc probabilius est, quàm quod Baroni in hanc §. Copo *lib.* 2. *de fruct. tit.*4. *c.* 5. D. Tuldeno *bic c.* 48. videtur, Juisconf. inter se dissensisse. Ait *acceperit*: etenim aliter nec possidet, nec putare potest rem suam esse, licèt conventio præcesserit, non enim nudis pactis, sed traditionibus dominia rerum jure gentium transferuntur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Obiter addo bonam fidem benigna juris interpretatione in possessore præsumi; atque inde esse, quòd non ipse possessor de bona sua fide docere cogatur, sed

ad-

adverſarius contrarium oſtendere debeat, *l. quoties* 18. §. 1. *de probat. l. pen. C. de evict.* D. Weſemb. *n.* 4.

Fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura) Cùm in perſona poſſeſſoris concurrunt ea, quæ diximus, placet, ſola perceptione, adeoque ſola ſeparatione à re, qua tenebantur;
6 fructus poſſeſſoris fieri. Non intereſt, quo titulo poſſideat, oneroſo, an lucrativo: nam & eum, qui ex cauſa donationis rem accepit, diſertè cum emptore in hac quæſtione
7 exæquat Juſtinianus. Sed neque fructuum conditio quicquam de hac acquiſitione mutare videtur, & non tantùm fructus induſtriales, ſed naturales etiam ad hanc acquiſitionis ſpeciem pertinere. Nam generaliter atque indiſtinctè loquitur hic Imperator, & Juriſconſulti in *l. bonæ fidei* 48. *boc tit. l. ſi ejus* 78. *de rei vind. l.* 13. *quib. mod. uſ. am.* Caji quoque ratio generalis eſt in *l. in pecudum* 28. *de uſur.* ideo nempe fœtum pecudum fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia in fructu eſt. Ait quidem Juſtinianus hic, fructus bonæ fidei poſſeſſoris fieri pro cultura & cura; at vix ulla res eſt, quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur enim agri, curantur pecora, putantur arbores, plantæ, oleæ attonderi & interradi gaudent, Plin. *lib.* 15. *c.* 1. Sed & ſi qui fructus ſine cultura aut cura proveniant, ut ſylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus ſylveſtres, nihilo tamen minus huc pertinent. Nam ut non multo ante diximus, præcipua & adæquata acquiſitionis fructuum ratio eſt bona fides poſſeſſoris, quæ efficit ut tamquam dominus jure ſoli fructus percipiat: & conſequenter etiam eos percipiendo ſuos facit, in quos neque culturam, neque curam ipſe impendit, *l. qui ſcit.* 25. §. 1. *de uſur.* tantùm quia ἐπὶ τὸ πολὺ accidit, ut fructus ſine cultra aut cura non proveniat: ratio hæc à Juſtiniano expreſſa eſt. Evincitur hoc quod dico etiam ex eo, quod mox ſubjicit de fructibus conſumptis; ait enim, quos fructus poſſeſſor percipiendo ſuos fecit, de iis conſumptis dominum ſupervenientem & rem ſuam vindicantem agere non poſſe, hoc eſt, poſſeſſorem eos conſumptos lucrari: at lucratur conſumptos omnes, *l.* 4. §. 2. *fin. reg. l. circum* 22. *C. de rei vind.* §. 2. *inf. de off. jud.* ergo & perceptos interim ſuos omnes facit. Exemplis quoque demonſtrari poteſt, non induſtriales tantùm, ſed etiam naturales fructus fieri bonæ fidei poſſeſſoris, ſimul atque à ſolo aut re, qua tenebantur, ſeparati ſunt. Non afferam quod de fœtu pecudum, lacte, lana ſcribit Cajus in *d. l. in pecudum* 28. *de uſ.* & Paulus, *in l. bonæ fidei* 48. §. *ult. hoc tit.* hos fructus ſtatim fieri bonæ fidei poſſeſſoris: quia video eſſe, qui fructus pecudum pro induſtrialibus in hoc argumento habendos exiſtimant, propterea quod, ut modò dicebamus ex iis rebus producuntur, in quas poſſeſſori ſumptus facere neceſſe ſit: quamvis Cajus non aliam harum rerum acquiſitionis rationem reddat, quàm quòd in fructu ſint. Fortaſsis & uvas iidem ob eamdem cauſam inter fructus induſtriales numerabunt, ideoque quòd uvam ademptam legimus, ſtatim bonæ fidei poſſeſſoris fieri, negabunt huc pertinere At certè oleam negare non poterunt eſſe vel maximè fructum naturalem, quippe quæ, teſte Plinio, *lib.* 15. *cap.* 1. nullam omnino culturam aut curam deſideret, & Virgilius *lib.* 2. *Georg. v.* 420. *ſeqq.* de oleis ſic ſcribit:

Contra, non ulla eſt oleis cultura, neque illæ
Procurvam expectant falcem, raſtroſque tenaces,
Cum ſemel hæſerunt arvis.

Duobus autem locis manifeſtè proditum eſt, etiam oleam, mox cum percepta ſive excuſſa aut lecta eſt, bonæ fidei poſſeſſoris acquiri, *l. ſi fructuarius* 13. *quib. mod. uſuf. am. l. ſi ejus* 78. *de rei vind.* Fœnum quoque opinor nemo negabit fructum eſſe naturalem: at non minus fœnum quàm ſpicam ſimul atque à ſolo ſeparatum eſt, bonæ fidei poſſeſſoris fieri, traditum eſt *in d. l.* 13. *quib. mod. uſ. am.* Poſtremò omnem dubitationem tollit locus Pauli *in d. l. bonæ fidei* 48. *boc tit. in pr.* ubi ſic ſcribit: *Bonæ fidei emptor non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re ſuos interim facit non tantùm eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, ſed omnes: quia quod ad fructus attinet; loco domini pene eſt.* Nam Gloſſæ ad hunc locum interpretatio & DD. qui eam ſequuntur inter quos ex recentioribus etiam eſt D. Bachovius, inconcinna & violenta eſt. Hi illa Pauli verba *ſed omnes*, ad fructus induſtriales coarctant, qui alterius quàm bonæ fidei poſſeſſoris opera proveniunt. Sed quis non videt, verbum *omnes* à Paulo non adoperantes, ſed ad fructus ipſos referri, eoque denotari fructus diverſæ ſpeciei & qualitatis ab iis, quos dixerat opera poſſeſſoris provenire? Evincit hoc ipſum etiam ratio, quam mox ſubjicit, quia quod ad fructus attinet, bonæ fidei poſſeſſor loco domini pene ſit. Ejuſmodi item eſt, quod Julian. ſcribit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus jure ſoli percipere atque eo jure, quod dominis prædiorum, eive qui agrum vectigalem habet, tributum eſt, *d. l. qui ſcit* 25. §. 1. *de uſur.* unde ſatis manifeſte appa-

ret,

ret, præcipuam hujus acquisitionis causam non esse operam aut industriam possessoris, sed fructus omnes, qui ex solo nascuntur, etiam ἀσπάρτως & ἀνηρότως eo pertinere. Et vero si percipiendo sibi acquirit etiam ab alio satos, in quos neque culturam, neque curam ullam impendit, cur non etiam naturales, quos plerumque cura illius facit, si non ut nascantur, saltem ut conserventur? Unus juris locus est, qui Interpp. adegit, ut in hac acquisitione fructus naturales ab industrialibus distinguerent, is est Pomponii, *l. fructus* 45. *de usur.* Quærit eo loco de conjuge possessore rei à conjuge donatæ: & ait, conjugem fructus ex ea re perceptos illos tantùm suos facere, qui ex operis ejus provenerunt: cæterum si pomum decerpserit, vel sylvam ceciderit, ejus eum fructum non fieri, sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascatur. Hic Jurisconsultum satis apertè sic loqui arbitrantur, ut fructus naturales ad bonæ fidei possessorem non pertinere existimet; quod tamen non ita est. Non enim ait, nullius bonæ fidei possessoris eum fructum fieri, sed non cujuslibet: quæ enunciatio non est generalis, sed particularis, ut ostendit nota particularis attributionis, quæ hic est negatio universalis. Igitur in hac enunciatione; *Non omnis aut non quilibet bonæ fidei possessor fructus naturales suos facit*, cum consequens non omni antecedenti attribuatur, sed solummodo ejus parti alicui, satis apparet, Pomponium non eodem jure in proposito omnes fidei possessores censere; & tacitè duo genera talium possessorum facere, unum eorum, qui fructus naturales suos non faciant, alterum, qui faciant. Atque ita est. Non enim omnis bonæ fidei possessor fructus naturales percipiendo suos facit, sed is solùm, ut ante dictum est, qui justo titulo possidet, causamque justam habet, cur existimet rem ad se pertinere: qui autem justo titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum putet, naturales fructus suos non facit, ne cui juris ignorantia in compendiis prosit, *l.* 4. *l.* 7. & 8. *de jur. & fact. ign.* licèt alioqui non malæ, sed bonæ fidei possessor existimari debeat, quicumque dolo caret, etsi in jure errat, *arg. leg. ubi lex* 24. *l. si fur.* 32. §. 1. *de usuc. leg. sed etsi* 25. §. *scire* 6. *de hær. pet.* add. Gœdd. *ad l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign.* Nec sequitur; injustè seu titulo invalido possidet, ergo mala fide. Possessor prædii minoris sine decreto alienati possidet injustè, bona tamen fide possidet, si ignorans rem minoris esse, aut in jure errans rem emit, fructusque industriales propter bonam fidem suos facit, *l.* 2. *C. si quis ign. rem. min.* Talis etiam est possessor fundi dotalis à marito alienati; item rei litigiosæ, & qui a falso tutore emit, *l.* 13. §. *ult. de pub. in rem act.* Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessori non prodest, *d. l.* 24. *de usucap.* Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri, in quantum locupletior factus est, ut possessorem hæreditatis, *l.* 25. §. *consuluit* 11. *de hær. pet.* item in casu *l.* 8. *C. de don. int. vir. & ux.* & denique qui ex ea causa possidet, quæ postea ad non causam redacta est, *l.* 3. *de cond. indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei possessorum locus Pomponii accipiendus est: quippe qui & soli similes sunt iis, de quibus illic quæritur, & in lucris cæterorum bonæ fidei possessorum jure non censentur: ita ferme & Wesemb. *hic* Pinel. ad *l.* 2. *C. de resc. vend. part.* 2. *c.* 4. *n.* 59. Fachin. 1. *contr.* 57. Paul. Buf. *d. l.* 45. Timæus Fab. *disp. anniversf.* 14. *thes.* 5. Tuld. *c.* 50. *hic.* VINN. Hunc locum alii aliter interpretantur. Ego ita censeo. Bonæ fidei possessor est, vel qui credit se dominum esse, vel qui & justam id credendi causam habet, puta justum titulum. De posterioris generis possessore bonæ fidei loquitur Imperator in hoc paragrapho, ut docent verba: *Bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave* JUSTA CAUSA *æquè bona fide acceperit.* Et hujusmodi b. f. possessor omnes fructus suos facit. At in hac *l.* 45. *ff. de usur.* Pomponius loquitur de marito, cui uxor fundum donaverat. Erat ergo maritus in bona fide sensu priore: putabat enim se dominum. At non sensu posteriore; quia nulla præcesserat justa causa. Nam donationes inter virum & uxorem manifesto ex legibus irritæ sunt. An itaque & hic omnes fructus suos facit? Minime, sed industriales tantùm, non naturales. Illos enim donare potuit uxor, quia non fit pauperior, dum vir fructus suis operis & impensis adquirit. Hos donare non potuit. Jam verba Pomponii ita interpretor: *Si pomum decerpserit, vel ex silva cædit: non fit ejus, sicut nec cujuslibet (id est ullius) bonæ fidei possessoris*, (sive justa causa possidentis, & tamen se putantis dominum, qualis hic maritus est,) *quia non ex facto ejus fructus nascitur*, (adeoque cum uxoris damno locupletior fit,) HEIN.

De fructibus ab eo consumptis agere non potest) Hoc idem traditur §. 2. *inf. de off. jud.* & Paul. in *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* ait, bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde sequitur ex contrario, de non consumptis, hoc est, extantibus adhuc, licèt à solo separatis, do-

dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari: quod & expresè traditum est *l. certum* 22. *C. de rei vind.* quam ob causam Africanus consumptos demum suos facere bonæ fidei possessorem scribit, *l. quæsitum* 40. *hoc tit.* & Paul. *l.* 4. §. *lana* 19. *de usucap.* consumptos vel usucaptos: quia hi
9 soli re evicta non restituuntur. Dubitandum autem non est, quin ut omnes tam naturales quàm industriales consumptos bonæ fidei possessor lucratur, ita vice versa omnes tam industriales quàm naturales non consumptos teneatur restituere, *arg. hujus* §. *& dd. loc.* Nam quòd maritus non restituit fructus industriales, licet adhuc extent in specie, *l. fructus* 45. *de usur.* hanc rationem habet, quod maritus eos permittente jure sibi acquisivit ex voluntate uxoris donatricis. Ergo, inquies, falsum est, quod hactenus probare conati sumus, sola perceptione fieri fructus bonæ fidei possessoris. Et verò falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur ὡσαύτως, & eadem ratione. Sed sciendum est, duplicem esse dominii acquisitionem, unam perpetuam & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem, & revocabilem ex causa superveniente, quæ dominii causam tollat; quale jus est maritis in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit, & hæredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit, item hæredis in re sub conditione legata, *l. non ideo 66. de rei vind. l. generaliter* 29. §. 1. *qui & à quib. man. &* tale quoque in proposito jus est bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides: quippe quæ efficit, ut possessor perinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quamdiu de vero domino non constat: at eo superveniente ac rem suam vindicante, jam causa illa, & simul jus, quod dixi, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modò tempore evictionis extant, officio judicis restituere: neque enim sublato jure, quod in solo habebat, possessorem defendere potest, ut fructus retineat, sola ratio culturæ & curæ: sed ad id solùm prodesse, ut opposita doli mali exceptione sumptus servet, consequaturque ut dominus aut pretium ejus, quod impensum est, solvat, aut si id nolit, patiatur sumptus cum fructibus pro rata pensari, proque illis partem fructuum possessorem retinere, *arg. d. l. si à domino* 56. §. *ult. de hær. pet.* Ipse Paulus non obscurè hoc innuit *d. l. bonæ fidei* 48. *hoc tit.* illis verbis, *suos interim facit*; ne quis credat, sola perceptione fructus sic fieri possessoris, ut numquam postea sint restituendi. Neque verò existimandum est, frustra constitutum esse, ut interim bonæ fidei possessor fructus sola perceptione suos faciat: nam & ratio bonæ fidei hoc exigit: nec sine effectu est; prodest enim bonæ fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepti sint & possideantur, eos tamquam suos vindicare possit; tribuitque ei jus fructibus pro arbitrio suo utendi, eos pro utilitate aut necessitate familiæ distrahendi aut consumendi: cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem restituere deberet. Nonnihil tamen hac in re nobis negotii facit, quod Cajus respondet *l. in pecudum* 28. *de usur.* Ea quæ in fructu sunt, statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarii: nam quod statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiliter acquiri. Ad hoc igitur quid respondemus? Nimirum eum; qui cum de acquirendo agitur, dicit, bonæ fidei possessorem fructuum, simul ac percepti sunt, statim dominum fieri pleno jure aut in solidum, non continuo negare jus illud ex causa esse revocabile: neque de eo laborare debuit Cajus in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non est, ideo usucapione demum acquiritur. Sic idem Cajus *l. generaliter* 29. §. 1. *qui & à quib. man.* scribit, servum sub conditione legatum pendente conditione pleno jure hæredis esse: quem tamen constat deficiente demum conditione fieri hæredis irrevocabiliter. Illud non magni momenti est, quòd bonæ fidei possessor dicitur idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum est, & plus etiam juris quàm habet fructuarius, *l. qui scit* 25. §. *de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret; & loquitur expresè Jurisconsultus de jure fructus ab initio acquirendi. De consump- 10
tis porro quæsitum est, an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem eorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior. Et verius est eum non teneri. Nam primò textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla distinctione negant, eorum nomine bonæ fidei possessorem teneri, & Imp. in *l. certum* 22. *C. de rei vind.* ajant, eum teneri nomine extantium dumtaxat, quasi de consumptis inquirendum non sit. Ad hæc tantum tribuit bon. fid. possessori consumptio, quantum usucapio, *l.* 4. §. *lana* 19. *de usuc.* at usucaptorum nihil restituitur.

Et

Et postremò, quod bene notandum est, dicitur bonæ fidei possessor fructus consumptos lucrari, *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* quod utique falsum esset, si eos, quatenus locupletatus esset, teneretur restituere: nemo enim sine lucro locupletatur. Non obstat, quòd in judicio petitionis hæreditatis bonæ fidei possessor teneatur in quantum locupletior factus est, *l. sed & si* 25. §. *consuluit* 11. *l. illud* 40. §. 1. *de hær. pet. l.* 1. *C. eod.* Non enim eadem in proposito judicii universalis & rerum singularum petitionis ratio est. Nam petitio hæreditatis non tantùm in rem est, sed etiam præstationes personales habet, *l.* 7. *C. de pet. hær. l.* 25. §. 18. *eod.* atque ut mitius cum possessore agitur in petitione hæreditatis, quàm in rei singularis vindicatione, (quippe Senatus ita possessori pro hærede consuluit, ut si quid dilapidaverit aut perdiderit, dum sua se re abuti putat, non teneatur) ita vicissim æquum est, ut præstet, si quid lucri ex hæreditate consecutus sit: eique sufficere debet, si damno non afficiatur, *d. l.* 25. §. *consuluit.* Ad hæc nec titulum habet possessor hæreditatis, & fructus ab eo percepti statim in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipsamque augent hæreditatem, ut nec ab initio quicquam hic suum faciat, aut consumptum postea lucretur; unde fit, ut eodem jure quo ipsa corpora hæreditaria & fructus, petantur, atque in restitutionem hæreditatis veniant, *l. item veniunt* 20. §. 3. *l. post senatusconsult.* 28. *l. illud* 40. §. 1. *de hær. pet. l.* 1. *& l.* 2. *C. eod.* In particularibus autem judiciis non solet res in locum pretii aut contra succedere, *l.* 7. *in fin. qui pot. in pign.* Nec multum absimilis est ratio conditionis indebiti soluti, in quam fructus veniunt jure obligationis: & hoc quatenus is, qui accepit, ex his locupletior factus est, *l. indebiti* 15. *l. si non sortem* 26. *l. libertus* 12. *l. in summa* 65. §. *pen. l. pen. de cond. ind.* ita fere & Ant. Fab. 4. *conj.* 17. Diod. Tulden. *hic c.* 44. *& seq.* Perez *ad tit. C. de rei vind. n.* 17. *& seq.*

11 Quod ad praxim attinet testis est Pinel. in *l.* 2. *C. de resc. vend. p.* 2. *c.* 4. *n.* 60. ita nunc ubique in judiciis usu servari, ut possessor bonæ fidei in universum à fructibus ante inchoatum judicium perceptis absolvatur, neque de consumptis unquam quæratur, locupletior ex iis factus sit, necne. Sed & numquam inquiri de iis qui similiter ante rem in judicium deductam percepti sunt, utrum bonæ fidei possessor eos consumpserit, an verò adhuc extent, tantùmque servari formam *l. certum* 22. *C. de rei vind.* in fructibus perceptis post litis contestationem: quod & rationem habet, scilicet ut litium ambages vitentur; & placet D. Nic. Tuldeno in *annot. ad prax. rer. civ.* Damhoud. *c.* 104. *num.* 13. Idem quoque sentire videtur D. Grot. 2. *manuduct.* 6. cum scribit, bonæ fidei possessorem in perceptione fructuum similem esse fructuario, add. Groenevv. *de ll. abrog. ad leg.* 22. *C. de rei vind.*

Et verò qui alienum fundum sciens) Fructuum jure soli acquisitio non tribuitur cuivis possessori, sed possessori bonæ fidei dumtaxat: nam malæ fidei possessor, ut nullum in solo habet, ita nec ullos fructus aut percipiendo interim suos facit, aut consumendo lucratur; sed cogitur cum ipsa re etiam fructus, licèt consumpti sint, restituere, ut *hic & d. l.* 22. *C. de rei vind.* Sed neque per retentionem, opposita doli mali exceptione sumptus à se factos servare poterit, si res vindicabitur, arg. eorum, quæ tradimus *sup. ad* §. *ex diverso* 30. *& aliquot seq. eod.* exceptis sumptibus factis fructuum quærendorum gratia, *l.* 36. *in fin. & l. seq. de hær. petit.* Nec illud refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit: Nam & hic ex eo tempore, quo cognovit rem alienam esse, fructus suos facere desinit, *l. qui bona* 23. §. 1. *l. bonæ fidei* 48. §. 1. *hoc tit.* Postremò huc pertinent possessores omnes post litem contestatam, §. 2. *inf. de off. jud. d. l. certum* 22. *C. de rei vind. l.* 2. *C. de fruct. & lit. exp. l.* 4. §. 2. *fin. reg.* quoniam post motam controversiam possessores omnes in causa fructuum pares sunt, & quasi prædones tenentur, *l. sed & si* 25. §. *si ante* 7. *de hær. pet. l. nemo* 10. *C. de long. temp. præsc.* ac proinde & si fructus à bonæ fidei possessore ante judicium percepti sunt, sed post litem demum contestatam consumpti, nihilominus eo nomine condemnabitur: quia id omne restituendum est, quod habiturus esset petitor, si tempore judicii accepti restitutio facta fuisset, *l. præterea* 20. *de rei vind. l.* 2. *de usur. l. ædiles* 25. §. *antepen. de ædil. edict.* In summa possessores malæ fidei, quales item habentur post litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipsa restituere debent, *d. l. certum* 22. *C. de rei vind.* tenenturque eo nomine de extantibus rei vindicatione, de consumptis condictione, scilicet ad æstimationem, quæ vice rei fungitur, *l.* 3. *C. de cond. ex leg. l.* 4. §. 2. *fin. reg. l.* 4. *C. de crim. expil. hær.* Tenentur verò non tantùm de perceptis, verùm de iis quoque, qui non percepti honestè percipi potuerunt: in quo persona non possessoris, sed petitoris spectatur; neque hic possessori patrocinari debet, quod titulo possideat: quippe titulus à dolo non excusat; negligentia au-

tem

tem possessoris dolosi domino nocere non debet, quominus consequatur, quod consequi potuisset, si ipsi licuisset rem possidere, vid. *l. fructus* 33. *l. si navis* 62. §. 1. *de rei vind. l.* 5. *C. eod.* §. 2. *inf. de off. jud. l. ait prætor* 10. §. *& fructus* 20. *quæ in fraud. cred. l.* 4. *C. unde vi. l. sed etsi* 25. §. 4. *de hær. pet. l.* 1. *C. eod.* Cop. *lib.* 2. *de fructib. tit.* 4. *c.* 2. Bus. *ad l.* 20. *de hær. pet.* Tulden. *hic cap.* 53.

TEXTUS.

A fructuario & colono perceptis.

36. *Is verò, ad quem usufructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quàm si ipse eos perceperit. Et ideo licèt maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad hæredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. Eadem fere & de colono dicuntur.*

NOTÆ.

36. *Si ipse perceperit*) Vel alius ejus nomine, *l.* 13. *quib. mod. us. am. l.* 25. §. 1. *de usur.* Quòd si sponte deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non ante ejus fiunt quam possessionem eorum nactus sit, *l.* 12. §. *ult. de usur.*

Ad hæredes ejus non pertinent) Hoc consequens est superiori, & apertè traditum in *l.* 13. *quib. mod. us. am. l.* 8. *de ann. legat.* errat que Cujac. hæredi fructus tribuens pro rata temporis, quo ususfructus stetit.

Eadem fere de colono) *Fere* non παρέλκεται, ut putat Th. Nam hæres coloni in conditionem succedit, §. *ult. inf. de locat. l.* 10. *C. eod.* At in eo conveniunt, quòd colonus quoque non aliter fructus suos faciat, quàm si ipse eos percepezit, *l.* 60. §. 5. *D. de locat. l.* 61. §. 8. *D. de furt.* Non obstat, quòd furti actionem habet, *l.* 26. §. 1. *d. t.* Nam & fructuarius habet, *l.* 12. §. *ult. de usufr.* & omnes, quorum interest furtum factum non esse, licèt domini non sint, §. 13. *inf. de obl. quæ ex del.* Igitur male Accurs. Myns. Pac. plus hic colono tribuunt, quàm fructuario.

COMMENTARIUS.

1 *Fructus, qui sponte deciderunt, aut quos alius suo nomine à re separavit, fructuarii demum fieri, cùm possessionem eorum nactus est.*
2 *Jus percipiendi fructus ad hæredem fructuarii non transire, licèt majore parte anni ususfructus steterit, & fructuarius maturis jam fructibus decesserit: & cur non idem in fructibus rei dotalis.*
3 *Quid juris circa pensiones, si res fructuaria locata sit?*
4 *In quo colonus & fructuarius discrepent, aut conveniant;*

DIsputatio de fructibus à bonæ fidei possessore perceptis occasionem Justiniano dedit, ut de jure, quod hic fructuarius & colonus habent, obiter aliquid subjiceret. Hi in eo à bonæ fidei possessore differunt, quòd fructus percipiunt ex voluntate domini, fructuarius jure servitutis sibi constitutæ, colonus ex conventione: unde nec perceptorum fructuum quicquam restituunt. Quia autem jus in solo non habent, nec possident, sed alieno tantùm nomine rem tenent, §. *de iis autem* 4. *vers. fructuarius per quas pers. cuique ac.* §. *possidere* 5. *inf. de interd. l.* 10. *l.* 12. *de acq. poss.* non ut bonæ fidei possessores fructus acquirunt jure quasi dominii aut soli, sed suo ipsorum dumtaxat facto & perceptione: quamquam hæc distinctio nostrorum morum simplicitati non convenit, ut notat D. Cyprian. Regn. *cens. Belg.*

Quàm si ipse eos perceperit) Fiunt quidem fructuarii etiam sola perceptione, hoc est, statim atque à solo, aut re qua tenebantur, separati sunt, puta spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, lana detonsa, lacte mulso. Cæterum non aliter quàm si ipse eos, vel alius ejus nomine separavit, *l. si fructuarius* 13. *quib. mod. us. am. l. qui scit* 25. §. 1. *de usur.* Quod si sponte deciderit, aut alius eos suo nomine separaverit, non prius fructuarii fiunt, quàm eorum possessionem nactus sit: unde si fur maturos fructus decerpserit, aut desecuerit, domino fundi condictione tenetur, non fructuario, licèt is actionem furti habeat, *l. arborib.* 12. §. *ult. de usufr.* quæ aliter se habent in bonæ fidei possessore, ut docuimus §. *præc.* Planè in fœtu animalium eadem fructuarii & bonæ fidei possessoris hic ratio est, statimque ut editus est, fructuarii fit, *l. in pecudum* 28. *de usur.* quippe frustra expectes, ut separatur, quod invita natura separari non potest: jubente ea satis separatur sine cujusquam facto.

Licèt maturis fructibus, &c.) Hoc item consequens est ei, quod dixit. Nam si fructuarii non aliter fructus fiunt, quàm si eos perceperit ipse vel alius ejus nomine, hæredi suo, quos non percepit, relinquere non potest: nec jus percipiendi fructus ad hæredem transit, quia morte fructuarii, ut omnia quæ personæ co-

cohærent, extinguitur, §. *pen. inf. usufr. l.* 3. §. *ult. quib. mod. usuf. am. l.* 8. §. 3. *de lib. leg.* quod iterum contra est in bonæ fidei possessore, qui jus, quod in solo habet, ad hæredem transmittit, *d. l. qui scit* 25. §. 1. *de usur.* At ex contrario percepti omnes etiam immaturi pleno jure fructuarii fiunt, & ad hæredem ejus transeunt, *l. si absente* 48. §. 1. *de usuf. l. pen. de usuf. leg.* Ait, *maturis fructibus, nondum tamen perceptis.* Eadem sententia est *d. l. si fructuarius* 13. *quib. mod. us. am. l.* 8. *de ann. leg.* Quamvis igitur maxima parte anni ususfructus steterit, & fructuarius suis impensis fundum fructuarium conseverit; si is messe nondum facta, licèt segete messi jam matura decesserit; nihil in eo, quod terra tenetur, hæres ejus juris habet, *d. l. si fructuarius* 13. sed tantùm deducet impensas fructuum quærendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis impensis superest, *l.* 7. *solut. matr.* Peck. *lib.* 5. *de testam. conjug. c.* 24. *n. ult.* Nec iniquum videri debet, quòd dominus fundi ad lucrum fructuarii labore & sumptu partum vocetur: quippe cum contra fructuario, quamvis minima parte primi aut postremi anni steterit ususfructus, in solidum tribuantur fructus percepti, etiam pro ea parte, quas ususfructus non cœperat, aut postea finitus est, *l. si pendentes* 27. *de usuf.* nec aliud usus horum temporum servat, contra quam censet D. Cyprian. *ubi supra.* Non obstat exemplum mariti in fructibus rei dotalis, quos placet soluto matrimonio dividi inter maritum aut ejus hæredes, & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium stetit, sive fructus à marito sint percepti, sive non sint, *l.* 7. §. 1. *& seq. sol. matr. l. un.* §. *cumque* 9. *C. de rei ux. act.* Etenim fructus dotis non ideo marito cedunt, quia eos percepit, sed propter onera matrimonii, quæ sustinere cogitur, *l.* 7. *in pr. de jur. dot. l. pro oneribus* 20. *C. eod.* Et igitur licèt non perceperit, pro modo tamen temporis, quo matrimonium stetit, fructus dotis maritum sequi debent: quoniam tamdiu sustinuit onera matrimonii. Contra verò pro reliquo tempore rei, cujus onera non sustinuit, nihil ferre debet, licèt fructus perceperit D. Paul. Bus. *ad d. l.* 7. §. 1. *& seq. sol. matrim.* De pensione rei fructuariæ locata quæsitum, an si forte ususfructus aliqua tantùm parte anni steterit, eam nihilominus integram fructuarius hæresve ejus percipere debeat; an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert, utrum res fructuario locata talis sit, unde singulis annis semel fructus nascitur, & percipitur, puta fundus; an talis, cujus fructus non in alio consistit, quàm in ejus rei usu, sive commoditate, quæ ex eo usu quotidie percipitur, cujusmodi res sunt ædes, quarum fructus in eo est, ut in habitentur; item servi, quorum fructus in operis. Fundo locatò, si colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario ejusve hæredi, etiamsi ususfructus finitus sit multo ante tempore, quam ea merces ex locatione pendi debebat, *l. defuncta* 58. *de usufr.* In aliis verò rebus à fructuario locatis, quarum fructus in solo earum usu consistit, si intra tempora locationis ususfructus interierit; non majore ex parte pensio ad fructuarium hæredemve ejus pertinet quàm pro rata temporis, quo ususfructus mansit: quod superest, pertinet ad proprietarium; ut responsum est locatis operis servi, *l. si operas* 26. *d. tit.* Cur tam variè? Nimirum quia fructuarius nec minus nec plus per conductorem consequi debet, quam si ipse re fructuaria usus esset. Igitur sicut fructuarius si fundum non locasset, ipse fructus percepisset, suosque omnes fecisset; ita pro fructibus, quos colonus qui causam percipiendi ab eo *habet*, integros percepit, integra pensio ei debetur, quam & integram ad hæredem transmittit, etsi nondum finito tempore locationis decesserit. Et convenienter si fructuarius decesserit, fructibus per colonum nondum perceptis, hæredi ejus nihil ex pensione debebitur. Quòd si decesserit parte fructuum percepta, parte nondum collecta, solutio pensionis fieri debet hæredibus fructuarii pro rata perceptorum: proprietario pro rata eorum, qui percepti non erant. Ubi verò pensio pro quotidiano rei usu debetur, non potest deberi longius, quàm is usus præcesserit, nec longius is usus præcessisse dici, quàm steterit ususfructus: & alioqui plus consequeretur fructuaris per inquilinum, quàm si ipse re usus esset; quod est absurdum: eleganter D. Don. 10. *comm.* 9. estque hæc communis & usu recepta sententia. Vid. Joan. de Castillo *tr. de usufr.* 77. *& seqq.* Diod. Tuld. ad *tit. de usuf. inf. c.* 7. Paul. Bus. ad *d. l.* 58. *de usuf.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 176. *n.* 16. *& ibi citat.* Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 39. *diff.* Cujac. 7. *Feud.* 30. *& lib.* 24. *obs.* 21.

Eadem fere & de colono dicuntur) Duo de fructuario dicta sunt, eum non aliter dominum fructuum fieri, quàm si ipse eos perceperit, non alius, item mortuo fructuario fructus pendentes quamtumvis maturos non ad hæredem fructuarii pertinere, sed acquiri domino proprietatis. Nunc ait, quæ de fructuario dicta sunt, ea fere & de colono dicenda esse. *Tò fere* non παρέλκεται, ut putat Theophilus, sed

cau-

cautè adjectum est, ne quis putet, eandem utriusque per omnia in proposito rationem esse. Nam certè longè alia causa est hæredis
4 coloni, atque fructuarii. Non enim sicut morte fructuarii finitur ususfructus, ita morte coloni finitur conductio; sed mortuo intra tempora conductionis colono, hæres ejus in eam succedit, §. *ult. inf. de locat.* 10. *C. eod.* Et cum fundus conducatur mercede annua constituta pro modo fructuum, qui singulis in eo annis nasci solent, insignis injuria colono ejusve hæredi fieret, si locator pensionem simul & fructus perciperet: atque hinc etiam est, quòd in prædiis rusticis, si tempore non expresso locatio facta sit, in annum facta intelligatur, per *l.* 13. §. *ult. locat.* Si quid igitur hic est, quod tam de colono quàm de fructuario dici possit, illud sit necesse est, quòd colonus similiter ut fructuarius non aliter fructus suos faciat, quàm si ipse eos perceperit: sin autem alius eos suo nomine à terra separaverit, non colono, sed domino fundi acquiruntur, cui etiam ob id soli conditio competat; quod & verum est, apertèque traditum *l. cum plures* 60. §. *messem* 5. *locat.* nec obscurè colligitur ex *l. si servus* 61. §. *locavi* 8. *de furt.* Non est contrarium quod Paulus respondet, *l. si apes* 26. §. 1. *d. tit. de furt.* colonum cum eo, qui fructus stantes surripuit, furti agere posse. Nam & fructuarius potest, *l.* 2. §. *ult. de usufr.* quippe furti actio omnibus competit, quorum interest furtum factum non esse, licèt rei surreptæ domini non sint, §. *furti* 13. *infr. de obl. quæ ex del. l. eum qui* 14. §. *qualis* 14. *de furt.* Nec aliò pertinet ratio Pauli, quàm his verbis exprimit, *quia ut primum decerptus esset, ejus esse cœpisset*, quàm ut ostendat, ideo actionem furti colono dari, quia ejus intersit fructum ab alio decerptum non esse, eo quòd coloni esse cœpisset, ut primùm ab ipso esset decerptus. Fallitur igitur Accursius, qui etiam hoc casu plus juris tribuit colono, quàm fructuario, colonique fructus fieri existimat, quocumque modo à solo separati sint; traxitque in eumdem errorem Mynf. Schneid. & Pacium in *not. marg.* sed hic se corrigit in Analysi. Aliud sane ex parte dicendum videtur de colono partiario, qui instar socii est, *l. si merces* 25. §. *vis major.* 6. *locat.* & proinde pro parte sua instar domini: idque innuere videtur Paulus *d. l.* 26. §. 1. cum dicit colonum, *qui nummis colat*; quòd scilicet colonus partiarius fructibus à fure desectis aut decerptis non modò actionem furti, ut is qui nummis colit, sed furti etiam condictionem pro parte sua habeat.

TEXTUS.

Quæ sunt in fructu.

37. *In pecudum fructu etiam fœtus est, sicuti lac, pilus, & lana; itaque agni, hædi, & vituli, & equuli & surculi, statim naturali jure dominii fructuarii sunt. Partus verò ancillæ in fructu non est; itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse: quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.*

NOTÆ.

37. *Statim naturali jure*) Cajus, *Statim pleno jure fiunt bonæ fidei possessoris & fructuarii. pleno jure*, id est, plena & solida proprietate.

Partus in fructu non est) *D. l.* 28. §. 1. *d. l.* 68. *de usufr.* sed in fructu hominis operæ sunt, *l.* 3. & 4. *de op. serv.*

Absurdum videbatur) *D. l.* 28. §. 1. *d. l.* 68. eadem quoque Stoicorum sententia fuit, à quibus Auctores nostri fere imbuti. Lucret. Aliam rationem affert Ulp. *l.* 27. *D. hær. pet.* quia ancillæ non ad hoc comparantur, ut pariant, sed ut serviant. Meminit hujus quæstionis Cic. 1. *de fin. cap.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio Caji, cur non placeat partum ancillæ in fructu esse, examinata, & concinnior prolata ex Ulpiano.*

QUa ratione & modo fructus suos faciat tum bonæ fidei possessor, tum fructuarius, ostensum est §§. *proximè præcedentib.* exemplo fructuum, qui in fundis aut agris nascuntur. Quoniam verò etiam hominum & pecudum suus fructus est, quem & ipsum bonæ fidei possessori & fructuario eadem ratione acquiri jure naturali conveniens est, ideo nequid hic dubii relinqueretur, ἐν παρέδῳ ostendere voluit, quænam in hominum & pecudum fructu habenda sint, quæ non sint, & ait, in pecudum fructu non tantùm esse lac, pilum & lanam, sed fœtum etiam: atque ob id agnos, hædos, vitulos, equulos & succulos statim ut editi sunt, naturali jure fructuarii fieri, addit Cajus, & bonæ fidei possessoris, *l. in pecudum* 28. *de usur.* est enim utriusque hic eadem ratio. In hominum autem fructu quæ sint, non definit: sed partum ancillæ negat in fructu esse; & ideo, inquit, ad domi-

 mi-

minum proprietatis pertinet, sicut & Cajus *d. l. 28. §. 1.* Nimirum uterque hoc significare voluit, non ut fœtus in fructu pecudum est, ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum; in hominum fructu ea dumtaxat esse, quæ ex operis eorum percipiuntur, *l. 4. de op. serv.* aut si quid acquirant ex re fructuarii, ejusve qui eos bona fide possidet, *§. 4. & seq. infr. per quas pers. cuiq. acq.* ac proinde etiam hæc sola ut fructus fructuario & bon. fid. possessori acquiri: partum non acquiri, fructuario nunquam, bonæ fidei possessori non aliter, quàm si eum usuceperit, *d. §. 4. & seq. l. 4. §. si ante 18. de usurp. & usucap.*

Absurdum etiam videbatur) Vetus fuit quæstio an partus ad fructuarium pertineret: cujus meminit Cic. 1. *de finib. c. 6.* ubi ait, principes civitatis P. Scævolam & M. Manilium existimasse, hominem in fructu esse, Brutum dissensisse: cujus sententia obtinuit, teste Ulp. in l. *vetus 68. de usufr.* Cur autem non placuerit, partum in fructu esse, ejus rei hanc
4 rationem reddit Cajus *d. l. 28. §. 1. de usur.* & Imp. hoc loco, quòd absurdum visum sit, hominem in fructu esse, cùm omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit; quæ ratio ducta est ex contrariis: quasi dicant, natura non potest eadem res & fructus esse, & id quod fruitur: relata hæc sunt; relatorum unum numquam potest esse alterum. Etenim ut verum fatear, numquam hæc mihi ratio satis solida visa fuit. Cur enim magis absurdum, hominem in fructu hominis esse, quàm hominem homini servire? Aut cùm servos pecudibus Romanæ leges exæquent, *l. 2. §. 2. ad leg. Aquil.* cur cùm in fructu pecudum fœtus sit, absurdum est in fructu ancillarum partum esse? Nec est in his ulla *ἀντίθεσις*, *Fructus hominis causa comparati sunt, & homo est in fructu hominis.* Non enim hic idem eidem subjecto attribuitur, sed diversis. Quamobrem melior est, certè huic loco magis convenit, illa Ulpiani ratio sumpta à fine & usu, quia ancillæ non ad hoc comparantur, ut pariant, sed ut serviant, *l. ancillarum 27. de her. pet.* Id autem solùm in fructu alicujus rei esse intelligitur, & ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo usu, ad quem res parata est, vel natura, vel patrisfam. instituto, *l. 9. §. 5. & seq. l. 10. l. 11. l. 12. in pr. l. 13. §. 4. & seq. l. 15. de usufr.* Quapropter, etsi nihil interesset, partus in fructu sit, necne; ad proprietarium pertineat an ad fructuarium; uti neque ancillæ, quæ utique servire cogitur: ratio tamen habenda fuit honesti ac decori, cavendumque, ne stupris vilitetur dignitas humana, *arg. l. justissimè 44. de ædil. edict.* Jam verò ancillas fœturæ gratia habere, quin turpe & probrosum sit, nemo negare potest. Cæterum nihil amplius efficit hæc ratio, quàm ut ne partus fructuario aut bonæ fidei possessori acquiri debeat: in cæteris enim partibus juris, in fructu sive reditu aut. causa etiam partus computatur, *l. 8. l. 14. de usur. l. Falcidiæ 24. §. 1. ad l. Falc. l. quæsitum 91. §. ult. de leg. 1.*

TEXTUS.

De Officio fructuarii.

38. *Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum de mortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet (ut & Juliano visum est) & in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Rectè enim colere & quasi bonus paterfamilias uti debet.*

NOTÆ.

38. *Ex fœtu submittere*) Ex fœtura gregem supplere, & sufficere prolem, *d. l. 68. §. ult.* cum 2. *ll. seq. de usufr.* fiuntque capita substituta domini, ea quibus substituuntur, fructuarii, *d. l. 69.* Basil. 16. *tit. 1. in fin.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter onera, quæ fructuario incumbunt, unum esse, ut rem fructuariam teneatur, & quid ea tuitio desideret.*

Longiùs à via degreditur Imperator; sequendum tamen, quocumque trahit. Cùm fructus omnes, sive ex re nascantur, sive per causam rei jure percipiantur, fructuarii lucro cedant, æquum est, ut is vicissim onera rei fructuariæ adjuncta agnoscat, juxta regulam naturæ, *l. 10. de reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt, hoc 5
unum est, ut rem fructuariam tueatur, *l. usufructuarius 44. de usufr.* Hæc autem tuitio cùm exigat, ut rem quam accepit, integram & in suo statu conservet, quantum cura & reparatione fieri potest: ideo & curam ac diligentiam rei servandæ adversus imminentia pericula adhibere debet; & quidem talem, qualem diligens paterfam. suis rebus adhibere solet, *l. sed cum 65. eod. l. 1. in fin, l. sequ. usufr. quem cav.* & suo sumptu sarcire ac reparare, quæ vitii aliquid contraxerunt, aut discesserunt à priori integritate: puta si quid reficiendum est, sarta tecta præstare, animalia ægrota

ægrota curare, gregem ex fœtu supplere, in locum arborum demortuarum alias substituere: in summa rectè colere, atque ut bonus paterfam. uti, *l.* 7. §. 2. & 3. *l.* 13. §. 2. *l. agri* 18. *l. ficut* 45. *l. sed cum* 65. *l. vetus* 68. *in fin.* & 2. *ll. seqq. de usufr. l.* 7. *C. eod.*

Gregis usumfructum) Ait *gregis*; nam si non gregis aut universitatis ususfructus nomine collectivo legatus sit, sed singulorum capitum, veluti centum ovium, nihil supplere cogitur fructuarius, *l. quid ergo* 70. §. 3. *de usufr.* quippe in his quæ numero certa sunt & designata, non est augmento locus: & tot sunt nunc ususfructus, quot sunt capita fructuaria, quorum uno mortuo ususfructus iste extinguitur.

Demortuorum capitum) Ait *demortuorum*. Ulpian. *d. l. vetus* 68. *in fin. de usufr.* hoc ideo, quia si vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina stabuli, aut prædonum impetu, hos casus fructuarius præstare non debet, nec in locum amissorum alia substituere, *arg. l. arbores* 59. *de usufr.*

Ex fœtu submittere) Ait *ex fœtu*. Neque enim de suo gregem supplere fructuarius cogitur, sed ex agnatis capitibus hoc est, natis ex eodem grege, *d. l.* 68. *in fin. defunct.* Proinde si ex grege nondum ulla nata sint prioribus demortuis, aut si oves abortierunt, aut fœtus perierunt, priusquam submitti possent; nihil supplere debebit fructuarius. In locum quoque eorum capitum, quæ vel senio, vel vitio corporis inutilia facta sunt, alia ex fœtu submittenda, *l. vel inutilium* 69. *eod.*

Submittere debet) Submissionis effectus hic, ut substituta capita statim domini fiant, sicuti post substitutionem priora sive demortua vel inutilia & vitiosa, fiunt fructuarii. Hæc enim ex natura fructus desinunt esse proprietarii, *d. l. vel inutilium* 69. *de usufr.*

Vinearum demortuarum vel arborum) Ait hic item *demortuarum*, sicut Paulus *l. agri* 18. *eod.* nimirum ideo, quia in locum arborum vi tempestatis eversarum alias substituere non tenentur, *l. arbores* 59. *eod. tit.* quippe ususfructuarius omnia quidem, etiam quæ sine culpa ejus contingunt, sed sola rei & interna incommoda ac detrimenta sustinet: quæ autem vi contingunt externa, nec à re ipsa proficiscuntur, placet ad onus fructuarii non pertinere, ex regula & jure communi de casibus fortuitis, *l. contractus* 23. *de reg. jur. l. quæ fortuitis* 6. *C. de pign. act.* Ulpianus in *l.* 7. §. *ult. de usufr.* scribit, fructuarium cogi adserere arbores: quod Græcis est *κεντρίζειν*, id est, forare medullam arboris sterilis, & in eam secundæ calamum immittere; insitionis specie pro genere. Qua forma Papinianus dixit adserere prolem pro adoptare, sicut scilicet insoratione surculus truncum adoptat, Cujac. 11. *obs.* 36. VINN. Elegans est hæc conjectura Cujacii: sed ex mea sententia non admodum solida. Adserere enim prolem, Papiniano est adoptare, non quia sic adoptans filium quasi inserat familiæ, sed quod adoptans vetere ritu filium adoptivum adserebat, id est, vindicabat formula illa nota: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO. EST ENIM MIHI EMTUS HOC AERE HAC ÆNEAQUE LIBRA. HEIN.

Rectè enim colere) Non satis officio suo fungi videri debet ususfructuarius, si fundum utcumque colat, nisi eum ita colat, utne deterior fiat causa ususfructus, omniaque faciat, quæ faceret in re sua, sicut cautione ususfructuaria continetur, *l.* 1. §. *cavere.* 3. *usufr. qui cav.*

TEXTUS.

De inventione Thesauri.

39. *Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, Divus Adrianus naturalem æquitatem sequutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. Aut si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit, & dimidium inventori. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidiam inventoris, & dimidium esse Cæsaris statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci, vel civitatis.*

NOTÆ.

39. *In sacro aut religioso*) Utroque scil. privato; nam & sacra quædam privata, *l.* 6. §. 1. *D. ad leg. Jul. pecul.* Aliud, si in hujusmodi locis publicis; ita cape *l.* 3. §. *pen. D. de jur. fisc.*

Sed fortuito) Ut puta si quis colendi agri causa fodiens humum, aurum defossum inveniat, nullo adhibito perscrutandi studio, quod sine permissu domini merito vetitum, *de leg. un. C. de thesaur.* add. *leg.* 63. §. *penult.* & *ultim. hoc tit.*

Dimidium fisci) De variis moribus legibusque circa thesauros, vide eruditissimum Grot. 2. *de jur. bel.* 8. Peregrin. 4. *de jur. fisc. c.* 2.

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Thesauri appellatione significari quasvis opes repositas: tum etiam ipsum locum, in quo asservantur, & ratio nominis.*
2 *In quæstione proposita quid eo verbo nostri intelligant, & quo referenda hæc acquisitio.*
3 *Locum proprium hic intelligi etiam eum, in quo alius usumfructum habet: secus si jus emphytheusios aut feudi.*
4 *A Divis fratribus nihil mutatum esse ex eo jure, quod de thesauro in loco sacro aut religioso reperto Divus Adrianus constituit.*
5 *Cur cæteræ res hujus generis etiam in alieno quæsitæ occupantium fiant; thesaurus non item, & n. 9.*
6 *Cur thesaurus non totus cedat inventori ut res cæteræ, quæ nullius sunt.*
7 *Distinctio rerum Cæsaris, fisci, publicarum & civitatis.*
8 *Summa juris de thesauris constituti, & quid moribus hodiernis obtineat.*

PArtes propositæ tractationis, quæ à Justiniano passim sparsæ sunt, commodioris doctrinæ causa ad duo summa capita revocari posse; ad occupationem scilicet, & rei nostræ potestatem, supra diximus in explicatione, §. *singulor.* 11. *eod.* & progressi ostendimus, singula, in quæ indicimus, ad alterutrum horum capitum pertinere. Nihil quod nobis potestate rei nostræ quæratur superest: ad factum & occupationem nostram pertinent inventio thesauri, apprehensio rerum, quæ à dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur: in quibus porro explicandis hic titulus consumitur.

Thesauros) Thesaurus Græcis & Latinis idem est, quod Persis *Gaza*, nimirum quælibet divitiæ, quas in usum futurum asservavimus.
1 Nam & pecunia nuper deposita, & cujus dominus non ignoratur, passim thesaurus appellatur etiam apud nostros, ut in *l. item Labeo* 22. *fam. erc. l. thesaurus* 15. *exhib. l. peregre.* 44. *de acq. poss.* ac de tali quoque thesauro accipiendo *l.* 3. §. *Neratius* 3. *d. tit. de acq. poss.* ut rectè existimat Gothofredus, injuria notatus à Bachov. vid. Duar. ad *d.* §. *Neratius* 3. Locus quoque, in quo opes observantur τὸ γαζοφυλάκιον, thesaurus appellatur. Plutarch. *in Solon.* Ἐκέλευσεν αὐτῷ τοὺς θησαυροὺς ἀνοῖξαι τῶν χρημάτων. Hinc per translationem Cic. 1. *de orat. c.* 5. memoriam dicit esse rerum omnium thesaurum. Atque hæc significatio etiam rationi nominis convenit. Quamvis enim Con. 3. *comm.* 4. & Don. 4. *comm.* 14. thesaurum inde dici putant, quòd εἰς αὔριον, *in crastinum*, sit repositus, ut sit θέσις εἰς αὔριον, proprius tamen vero est, vocem esse conjunctam ἐκ τῆς θέσεως καὶ αὔρου, ut sit Conditorium pecuniæ. 2
Hoc enim nomine veteres Græci pecuniam vocabant, qua qui abundabat, ἀυρὶς dicebatur, teste Hesychio. Cæterum in quæstione de acquirendo rerum dominio, cum agitur de thesauro occupatione acquirendo, Jurisconsulti thesaurum appellant eam dumtaxat pecuniam, quæ olim condita, nunc cum reperitur à quo condita aut cujus sit, ignoratur, *l. numquam* 31. §. 1. *hoc t. l. un. C. de thes. lib.* 10. *l. à tutore* 67. *de rei vind.* Convenienter nimirum argumento, quod tractant: cum non alius thesaurus sit idoneus, qui hoc modo acquiratur, quam qui dominum non habeat: nec repugnat communis & popularis loquendi consuetudo. Igitur in quæstione proposita thesaurus definitore Paulo in *d. l.* 31. est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Cujus descriptioni similis est illa Leonis in *d. l. un.* thesaurum interpretantis, condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia: & Cassiodori *lib.* 6. *var. c.* 8. definientis depositivam pecuniam, quæ longa vetustate competentes dominos amisit. Atque hinc jam etiam liquet, thesaurum quoque pertinere ad regulam juris gentium de rebus nullius: quamquam non per omnia in thesauro occupando & nostro faciendo idem servatur, quod in cæteris rebus, quæ nullius sunt. Nam cæteræ hujus generis res quovis loco occupatæ totæ fiunt occupantis, thesaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantùm dimidia. Sed & res cæteræ, quæ nullius sunt, fiunt occupantis, etiamsi data opera quæsitæ sint in alieno; thesaurus in alieno quæsitus nullo modo. Quod quamobrem tam variè placitum, intelligetur non ita multo post.

Quos quis in suo loco invenerit) Sive data opera quæsitos, sive forte fortuna: tantùm magicæ artes ad thesaurum in suo inveniendum prohibentur, quas & ubique excipi oportet, *d. l. un. C. de thes.* Ait *in loco suo.* Proprium locum accipere debemus etiam eum, in quo alius usumfructum habet, *arg. pr. infr. de hær. inst.* Proinde si in eo loco proprietarius thesaurum invenerit, in suo invenisse intelligi debet & totum sibi quæsisse. Si alius, pars dimidia inventoris, pars altera proprietarii erit. 3
Idemque dicendum est, si usufructuarius invenerit: quoniam thesaurus in fructu non computatur, *l. si ii qui* 63. §. 3. *hoc tit.* Unde etiam est, quòd thesaurus à marito in prædio do-

dotali inventus, pro parte dimidia tantùm mariti lucro cedat, pro altera dimidia fit restituendus, quasi in alieno inventus, *l. 7. §. si fundum 12. sol. matr.* Moller. 4. *sem. 27.* Ager autem vectigalis sive emphyteuticus magis est, ut emphyteutæ proprius existimetur, ejusque, qui dominium utile, quàm qui directum habet. Nam ad emphyteutam pertinet plenissima rei utilitas, & pari jure quo dominus rem tenet ac possidet; adeoque adversus ipsum etiam directum dominum utilem in rem actionem habet, *leg. sciendum 15. §. 1. qui satisd. l. 1. §. 1. si ag. vect. l. qui sit 25. §. 1. in fin. de usur.* Longè igitur distat emphyteuta a fructuario: emphyteuta jus habet in corpore & substantia rei; fructuarius non item. Hinc est, quòd fructuarius in edicto: *Qui satisdare cog.* pro possessore non habetur: emphyteuta contra, *d. l. 15. §. 1. qui satis. cog.* quod arbores vi ventorum dejectæ ad emphyteutam pertinent, non ad fructuarium, *l. 12. de usuf.* Si quid servo, in quo quis ususfructus, legatum aut donatum sit, id non fructuario, sed domino proprietatis acquiritur, *§. 4. infr. per quas pers. cuique acq.* si servo emphyteutæ, ipsi emphyteutæ. Quam ob causam dubitandum non est, quin si ipse quoque emphyteuta in prædio in emphyteusim sibi concesso thesaurum similiter invenerit, totum eum sibi soli rectè vindicet: eademque planè ratio est Vasalli, qui thesaurum reperit in fundo feudali, *arg. c. un. de invest. de re al. fac. lib. 2. feud.* Mynf. Schneid. Wes. post Gloss. & DD. *comm. hic.* Nic. Burgun. *ad conf. Fland. tr. 12.* Christ. *vol. 6. dec. 21. n. 19. & seq.*

Adrianus naturalem æquitatem secutus) Hoc est, secutus regulam juris naturæ sive gentium de rebus, quæ nullius sunt, occupanti concedendis, *§. feræ 12. sup. eod.* Nimirum cùm etiam thesaurus numeretur inter ea, quæ nullius sunt, æquum esse censuit Adrianus, etiam in thesauro occupato regulam istam servari, & quidem per omnia, si quis invenisset amico Hercule in suo: quippe qui & alia ratione ita repertum vindicare posse videatur, vel tamquam beneficium & commodum rei suæ, vel quod simile vero sit, eum à majoribus suis conditum esse: hæc enim ratio facit, ut in alieno reperti dimidium concedatur domino soli.

Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso) Quod hic Adrianum constituisse refert Justinianus, id à fratribus Principibus civili ratione mutatum esse existimant Accurs. Ang. Porc. Fab. Schneid. *hic* Duar. *de acq. rer. dom. c. 4.* Don. 4. *com. 14.* Sic enim scripsit Callistrat. *l. 3. §. pen. de jur. fisci. Si in locis fiscalibus, vel publicis, religiosisve, aut monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars fisco vindicaretur.* Quam sententiam veram quidem esse fatetur Covar. in *c. peccatum de reg. jur. in 6. p. 3. relict. §. 2. n. 3.* sed ille constitutionem divorum fratrum à Justiniano iterum abrogatam contendit, qua parte illa derogaverat edicto divi Adriani. Neutrum probabile mihi videtur. Nam si edictum 4 Adriani rescripto Antonini & Veri sublatum fuisset, utique non quid ille, sed quid hi de thesauris in loco sacro religiosove inventis constituissent, Justinianus commemorasset: & cum simpliciter referat edictum Adriani, non facta mentione rescripti fratrum Imperatorum, vix est, ut dici posit, hic aliquid novi juris ab eo constitutum esse. Arbitror, commoda explicatione *d. l. 3. §. pen.* cum hoc nostro §. conciliari posse: quamvis id neget Ant. Matth. Constituit Adrianus, thesaurum ejus esse, qui eum invenisset in loco suo: addidit, idem esse, etiamsi in loco sacro aut religioso repertus sit; nimirum ejus itidem esse, cujus est fundus, in quo loca ista sunt, perinde quasi in suo adhuc reperisset. Nam etsi loca sacra & religiosa nullius verè in bonis sint: ejus tamen aliquatenus sunt, cujus in usu & fundo sunt, & quodammodo juris privati, *arg. l. 5. & seq. de relig. l. sacrilegi 9. §. 1. ad l. Jul. pec. l. in modicis 24. de contr. empt.* Neque potest sine injuria vel in Deos ipsos Deorum beneficio privari, qui vel ipsi, vel quorum majores partem fundi sui divinis usibus dicaverunt. Quid Divi fratres in *d. l. 3. §. pen. de jure fisci*? Constituerunt, inquit Callistratus, ut thesauri in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut monumentis reperti, pro parte dimidia fisco vindicarentur. Titulus ipse & rerum conjunctio ostendunt, loqui Imp. de locis religiosis similibus publicis, in quibus scilicet fiscus jus habet, aut qui fisci quodammodo sunt, puta quod ad fiscum sorte pervenerunt, juxta *leg. 6. eod. tit.* vel quæ publicè civium funeribus destinata sunt, cujusmodi tenuiorum tumulos in suburbanis fuisse auctor est Aggen. Urbicus. In his locis eodem jure uti fiscum volunt, quo utitur in rebus publicis juris profani, aut quo uruntur privati in loco suo, sive profano, sive religioso. Et verò ob loci religionem aut sanctitatem nihil novi juris hic constitutum fuisse argumento est, quod Leo Imp. in *d. l. un. C. de Thes.* simpliciter distinguit, an quis in suo loco repererit, an in non suo, nulla facta mentione sacri aut profani, quasi hoc nihil ad rem faciat.

ciat. Idque ex Ælio Spartiano *in Hadr. cap.* 18. etiam certius colligas, qui itidem sine ulla rerum distinctione refert, Adrianum de Thesauris ita cavisse, *ut si quis in suo reperisset, ipse potiretur: si quis in alieno, dimidium domino daret: si quis in publico, cum fisco æqualiter partiretur.* Nulla igitur est pugna inter *d. l.* 3. §. *pen.* & hunc §. nostrum, quem de loco religioso privato accipi oportet, suadente id ipsum quoque rerum in eo conjunctione & discretione: manifestèque labitur Bachovius, qui ob conjunctionem loci religiosi & sacri negat hanc interpretationem admitti posse, eo quod nulla loca aut ædes sacræ privatæ dici possint; hoc enim falsum esse, & sacella privata propriasque suas ædiculas veteres habuisse, vel unus Paulus eum docere poterat in *l. sacrilegi* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec.* ita propemodum & Conn. 3. *Com.* 4. Charond: 1. *verisim.* 21. Robert. *rec. lect.* 5. Cantiunc. & Wesemb. *hic.* VINN. Addendus hic omnino Jac. Gothofred. *ad l.* 1. *C. Theod. de thesaur.* Ubi tota hujus legislationis historia eruditè exponitur. HEIN.

Fortuito casu) Thesaurus, quem inveni in loco meo, sive fortuitum sive quæsitum, meus est: sin ille locus meus sacer est vel religiosus, non aliàs meus erit, quàm si fortunæ quasi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perscrutandi studio: quod proculdubio ideo placuit, ne detur occasio violandorum sepulchrorum & aperiendi urnas defunctorum, si etiam studiosè quæsitum inventumque suum quisque faciat, sibique habeat.

5 *At si quis in alieno*) Cæteræ res, quæ nullius sunt, occupantium fiunt, etiamsi data opera in alieno quæsita sint, ut de feris bestiis in fundo alieno investigatis & captis diximus: thesaurus in alieno quæsitus & inventus ne pro parte quidem fit inventoris, sed totus domino reddi jubetur, *d. l. un. C. de thesaur.* Ratio diversi juris hæc est; quòd qui feram in alieno capit, aut rem puta pro derelicto habitam tollit, nihil fundo aut fundi domino nocet; ad thesaurum verò perveniri non potest sine effossionibus & manifesto damno fundi, in cujus visceribus thesaurus abditus jacet. Aliena autem effodere sine permissu domini, inque iis latentes rimari opes merito vetitum, & pœna, non præmio dignum, *d. l. un. l.* 2. *C. Theod. de thesaur.*

Dimidium domino soli) Thesaurus in alieno loco casu inventus, dum quis arat, aut quid aliud in eo operis facit, pro dimidio inventoris fit, pars altera dimidia conceditur domino soli, *l. si is* 63. §. *pen.* & *ult. hoc tit. d. l. un. C. de thes.* Cur verò, inquis, non totus cedit inventori, sicuti cæteræ ejusdem generis res occupantis totæ fiunt loco quocumque occupatæ, ut feræ bestiæ, res pro derelicto habitæ, gemmæ & lapilli inventi in littoribus? Nimirum quia illæ feræ nullius sunt, thesaurus non est: quippe quem nemo eo animo abscondit, ut eum in numero rerum suarum esse nolit, sed ut tutiore loco custodiat; tantùm ideo nullius esse dicitur, quia cujus sit non apparet: nam etsi dominum per rerum naturam habeat, hæredem scilicet ejus, qui eum defodit, quamvis per longissimam successionem primo domino succedentem apud nos tamen non habet, quia à nobis dominus ignoratur: ob quam incertitudinem itum est ad hanc partitionem, ut pars una inventori, pars altera domino loci adjudicaretur. Tametsi enim pro inventore dici poterat, thesaurum ut rem nullius totum ei, qui invenit, tribui oportere, propterea quod de his, quæ non apparent, perinde judicandum sit, quasi non essent, *l. in leg.* 77. *de contr. empt.* dominum tamen loci & sua & par ratio defendit, *qui* contra sibi thesaurum vindicans dicere potest, nihil esse verisimilius, quam quòd à majoribus suis profectus sit: in proprio enim, quia tutius, non in alieno thesauro condi. Ad hæc fundi, in quo tanto tempore asservatus est, quodammodo beneficium esse: quam ob caussam cum Imp. Gratianus, Valentinian. & Theod. partem quartam dumtaxat domino loci assignassent, *l.* 2. *C. Theod. de thes.* merito Imp. Leo, abrogata eorum constitutione, ad æqualitatem partitionis & veterum constitutionum normam rem revocavit. VINN. Videtur ratio hujus divisionis inde repetenda, quòd veteres disputarent, accessionisne jure an inventionis vel occupationis adquiratur thesaurus. Prius placuit illis, quos hic sequitur Imperator: posterius Paullo *l.* 31. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Qui prius admittebant principium, totum thesaurum vindicabant domino fundi: qui posterius, inventori. Hadrianus utrumque conjunxit, & dimidium domino addixit, jure accessionis, dimidium inventori, jure occupationis rei pro derelicta habitæ. HEIN.

7 *In Cæsaris loco*, &c.) Distinguit Imp. loca Cæsaris à locis fiscalibus, & hæc à publicis, publica à locis civitatis. Res Cæsaris dicuntur bona Principis patrimonialia. Res fisci sunt, veluti bona proscriptorum, vectigalia, commissa, bona caduca, quæ quidem & ipsa quasi propria & privata sunt Principis, *l.* 2. §. 4. *ne quid in loc. publ.* sed ut Principis & ratione imperii. Publica loca appellat, quæ in usu pu-

publico sunt populi Romani, vel uti areæ, insulæ, agri, viæ itineraque publica, *d. l.* 2. §. 3. Loca civitatis, quæ usibus civium in municipiis & singulis civitatibus deserviunt, §. *universitatis* 6. *sup. eod.* Quæ à publicis eodem sensu hic separat, quo Ulp. bona civitatis ab iis, quæ populi Romani sunt, *l.* 15. *de verb. sign.* Spartianus *in Hadr. c.* 18. omnia ista loca designavit uno verbo Publici. Hæc obiter in præsentia, subtilius rerum Cæsaris, fiscalium, & publicarum discrimen exquiremus, §. *ult. inf. de usuc.*

Dimidium fisci vel civitatis) Sive in loco
8 alieno privati alicujus, sive in loco Cæsaris, aut publico fisci vel civitatis thesaurus repertus sit, medietatem dumtaxat inventor consequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet, qui loci dominus est, aut jus imperiumve in eo habet. Et quod diximus de loco privato, non aliter partem in eo reperti inventoris fieri, quàm si fortuito & aliud agens invenerit, alioqui totum restituendum esse ei, cujus est locus; hoc non minus obtinere debet in locis publicis, ut in his etiam consulta opera quæsitus & inventus similiter totus pertinet ad Principem vel civitatem. Non enim magis fas esse credendum est, publica loca effodere & scrutari, quàm privata aliena, facit constitutio Frederici *lib.* 2. *Feud. t.* 56. *quæ sint regal. in fin.* Quòd si inventor partem thesauri ad fiscum pertinentem suppresserit, totum cum altero tanto cogitur solvere. Deferre autem se nemo cogitur, si pars fisco non debeatur, *l.* 3. §. *ult. de jur. fisc.*

Summa juris de thesauris edicto D. Adriani
9 constituti hæc est, ut si quis thesaurum in suo reperisset, sive quæsitum, sive nihil tale cogitans, totum sibi haberet: si quis in alieno, non data ad hoc opera, dimidium domino daret, partem alteram dumtaxat ipse consequeretur: si quis in loco publico, itidem non data opera, cum Principe aut civitate æqualiter partiretur. Si quis autem scrutatus in alieno sive privato sive publico thesaurum invenisset; is totum hunc domino loci, sive ad cujus curam vel imperium locus pertinet, reddere cogeretur. Ab hoc jure cùm procedente tempore recessum esset, ut constat ex *tit. Cod. Th od. de thesau.* reductum illud est à Leone Nepote, *l. un. C. Justin. eod.* iterumque vigore suo privatum, restitutum à Leone Philosopho *Nov. Leon.* 51. à Frederico nihil mutatum, *tit. quæ sint reg.* At nunc in plerisque locis thesauros, ut & alia pleraque ἀδέσποτα, Principes sibi vindicant, & quidem in solidum, quocumque in loco reperti fuerint: estque id nunc jus commune & quasi gentium. Nam & in Germania, & Gallia, & Anglia, & Hispania, & Dania id observatur, teste D. Grot. 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 7. add. Peregr. *lib.* 4. *de jur. fisc. c.* 2. Covar. *in rel. c. peccatum, de reg. jur. in* 6. *part.* 3. §. 2. Lebret, *lib.* 3. *de la souverainetè, c.* 6. Christin. *vol.* 1. *decis.* 16. Theodoricus quoque Rex thesauros quocumque loco repertos publico vindicari jussit: *Sine damno* enim, inquit, *invent i perdit qui propria non amittit*: Cassiodorus 4. *var.* 34. & 68. Apud nos tamen jus hoc incertum esse dicitur: nam patronos quidem fisci contendere, thesauros quocumque in loco inventos ad fiscum pertinere, ut in plerisque aliis regionibus nunc obtinere diximus; cæterum alios contra putare, sequendam nobis esse in hoc negotio constitutionem juris Romani: propterea quod neque quicquam de eo cautum reperiatur legibus propriis; neque doceri possit, Romani juris vigorem apud nos desuetudine usuque contrario enervatum, Grot. 2. *manud. ad Jurisp. Bat. c.* 4. Itaque in hoc dubio contra fiscum facilè responderim, *arg. l. non puto* 10. *de jur. fisc.* add. Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

De traditione. 1: Regula ejusque Ratio.

40. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi; & ideo cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, & à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria & tributaria prædia, quæ in Provinciis sunt; inter quæ, nec non & Italica prædia ex nostra constitutione nulla est differentia: sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.*

NOTÆ.

40. *Per traditionem*) Ex Cajo *l.* 9. §. 3. *h. t.* Sola autem conventione dominium non transfertur, veluti si inter nos convenerit, ut mea res esset tua, licèt ex justa causa, puta, quia eam tibi vendidi, *l.* 20. *C. de pact.*

Nostra constitutione) D. *l. un. C. de usucap. transf.* ubi tollitur vetus rerum & dominiorum distinctio. Etsi autem Provinciales pleno jure domini non erant, habebant tamen jus aliquod dominio proximum, prædiaque sua alie-

nare poterant, & hæredibus relinquere, & servitutem his imponere, *l. 3. C. de servit.*

Ex causa) Numquam enim nuda traditio dominium transfert: sed ita, si venditio aut alia justa causa, id est, titulus ad dominium transferendum habilis præcesserit, *l. 31. h. t.* saltem opinione tradentis.

Commentarius.

1 *Citra traditionem dominia rerum jure gentium non transferri; & quam rationem hoc habeat?*
2 *An ad transferendum dominium requiratur vacuæ possessionis traditio?*
3 *Responsum Triphonini sub tit. de fund. dot. expositum.*
4 *Traditione non transferri dominium, nisi justa causa saltem opinione tradentis præcesserit, propter quam traditio sequatur.*
5 *An & quando dissensio in causis tradendi & accipiendi impediat dominii translationem?*
6 *De veteri discrimine dominiorum nonnulla.*
7 *Quale jus olim possessores prædiorum provincialium habuerint?*
8 *Stipendium & tributum univocè dici.*
9 *Provincialium qui vectigales, qui stipendiarii sive tributarii appellati?*

HÆc quoque acquisitionis species ad generalem occupationem referri debet: nam cum traditione rem acquiri dicimus, non intelligimus solùm factum tradentis, sed ex effectu magis etiam rei traditæ acceptionem atque apprehensionem: quippe sine qua traditio non perficitur, hoc est, dominium non transfertur aut acquiritur, *l. in omnibus 55. de obl. & act.* Differt autem hic modus acquirendi à superioribus ejusdem generis, quòd earum rerum, quæ nullius sunt, acquirendarum ratio præter apprehensionem nihil desiderat, quia occupantur sine cujusquam injuria, quæ ex hostibus capiuntur, invitis dominis ad nos transeunt jure belli: in specie autem proposita non satis est nanciscendi dominii causa rem apprehendisse, nisi & voluntate domini in hoc tradita sit; quod omnino hic exigit ratio juris gentium, *d. l. in omnibus 55. l. 2. de his qui sui vel al. jur. l. id quod nostrum 11. de reg. jur.* Et quia nemo eo animo est, ut velit rem suam in alium transferre sine causa, inde est, quòd cum in cæteris omnibus juris gentium acquisitionibus modus acquirendi idem sit & causa sive titulus, (verbi causa occupatio feræ bestiæ est & modus acquirendi & titulus) ea in hac specie perpetuo distinguantur. Modus acquirendi est traditio vel potius rei traditæ acceptio & apprehensio: titulus, veluti emptio, permutatio, donatio, cæteræque causæ, ex quibus re à domino tradita dominium in accipientem transit, sin minus jus usucapiendi, *l. numquam 31. hoc tit. l. 2. & seqq. de publ. in rem act.*

Per traditionem) Traditio vel vera est, quæ naturalis datio appellatur, *l. non statim 8. de pecul.* & in re mobili est de manu in manum translatio, in re soli in possessionem inductio: vel ficta, quæ commoditatis causa fit, vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota sive symbolo, quòd veram traditionem repræsentet. Non minus verò ficta & symbolica traditione dominium in accipientem transit quàm vera & naturali, *§. interdum 43. & seq. infr. eod.* At citra ullam traditionem nudis & solis 1
pactis dominium non transfertur, etiamsi id agatur in negotio gerendo, ut transeat: verbi causa, placuit inter nos, ut mea res esset tua: licèt id placuerit ex justa causa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quàm à me tibi tradita sit. Vid. *l. traditionibus 20. C. de pact. l. si ager 50. de rei vind. l. quoties l. pen. C. eod. l. 6. C. de her. vel act. vend.* Cur verò ad dominium transferendum non placet sufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto suo rem, sive ea nullius sit, sive alterius, acquirit, nisi cujus potestati & manui subjecta sit: quod ita quisque consequitur, si eam apprehenderit, si possessionem ejus nanciscatur, *arg. l. 1. de acq. poss.* Non aliter autem possessio rei alienæ apprehendi, & per eam potestati nostræ res subjici potest, quàm si dominus eam tradiderit, in cujus tamdiu potestate est & manet. Diss. tamen D. Grot. 2. *de jur. bell. c. 6. & 8.* contendens, ex ratione juris naturæ seu gentium nihil amplius ad translationem dominii requiri, quàm solam voluntatem domini rem suam alteri in hoc addicentis: jure autem & ratione civili institutum esse, securitatis dominiorum causa, & occurrendi temerariis alienationibus, ut tunc demum dominium à priore domino abeat, cùm is alteri rem tenendam & possidendam tradiderit; quod quia à multis gentibus receptum, jus gentium impropriè dicatur. Sed posito eo, quod diximus, & quæ veterum sanè omnium sententia fuit; traditione non nuda conventione dominium jure naturali sive gentium acquiri, quæsitum porro ab Interpp. 2
est, an in proposito ad dominium transferendum sufficiat rem qualiter qualiter tradidisse, dum ea tradita sit vacua ab omni detentore, qui apprehensionem impediat; an verò ad eam

eam rem necesse sit tradere rei vacuam & plenam possessionem? Breviter: An res ab alio possessa ita alicui tradi possit, ut dominium in eum transeat. Finge ita: Fundum tibi vendidi, qui ab alio bona fide possidebatur: & dum forte possessor peregre abest, eum tibi tradidi dominii transferendi causa; tu in eum ingressus es eo animo, ut capias quod traditur, & dominus fias. Quæritur, an quia vacua possessio tradita non est, ac ne possessio quidem, nihilominus tibi fundus jure gentium acquiratur? Et putavi aliquando cum DD. Longobardis. Placent Joan. Azon. Accurs. Odofred. Bart. Bald. quos sequitur D. Don. 4. *Comment.* 19. acquiri: neque alienam absentis possessionem obstare domino, quominus ille rem suam transferat in eum, cui ejus rei corpus prehendendum & tenendum dat sine cujusquam impedimento. Cæterum nunc in contrarium moveor, & quidem maximè illa ipsa ratione, qua illi utuntur ad probandum necessitatem traditionis. Ajunt enim, ideo ad acquisitionem & translationem dominii necessariam esse traditionem, quia ratio juris gentium exigit, ut quod facto nostro acquiritur, prius potestati nostræ subjiciatur. At verò res potestati nostræ subjecta dici non potest, cujus plenam possessionem, eamque quæ avelli non possit, nacti non sumus, *l. non videtur* 22. *de acq. poss. l.* 4. §. *tunc in potestatem* 12. *de usu. l.* 13. §. 2. *de verb. sign.* Neque potest in nos transferri possessio justa ejus rei, quam alius possidet, quamdiu possidet, & vel animo retinet possessionem, *l.* 3. §. *ex contrario* 5. & §. 7. *l.* 6. §. *ult. de acq. poss.* Sunt verò & alia hujus rei argumenta non pauca. Nam cùm unum idemque genus sit, & actus idem traditionis qua transfertur dominium & præstatur causa usucapionis, *arg. l.* 11. §. 1. *de act. empt. l. fundum* 46. §. 1. *de evict.* §. *pen. infr. per quas pers.* non magis convenit, re à domino tradita dominium transferri sine translatione possessionis, quàm re tradita à non domino jus usucapiendi. Ad hæc si dominium nobis acquiri potest directò sine possessione, poterit & per procuratorem eodem modo. Quid enim interest, mihi res tradatur an mea voluntate alteri meo nomine accipienti? Planè nihil, *l. restituta* 37. *ad sen. Trebel.* At certum est, per procuratorem dominium nobis non acquiri nisi per consequentiam possessionis per eum nobis adeptæ, *l. traditio* 20. §. *ult. hoc t. d.* §. *pen. inf. per quas pers. l.* 1. & *l.* 8. *C. de acq. poss.* Quin etiam ipsa traditio non propter se, sed propter possessionem videtur requiri, cum ubi sine traditione possessio obtineri potest, traditio non desideretur, *l.* 9. §. *interdum* 5. *inf. eod.* His accedit & veterum manifesta auctoritas, quibus tradere (cum de transferendo dominio quæritur) nihil aliud est, quàm potestatem facere rei habendæ & possidendæ: traditio nihil aliud est, quàm possessionis datio atque translatio, *leg.* 3. §. 1. *de act. empt.* Hinc illa re tradita, possessionem amitti, *l. si ager* 50. *de rei vind.* retenta possessione, nihil traditum intelligi, *l. servi* 16. *de pec. & comm. rei vind.* Huc denique pertinent textus, *l. cum res* 12. *C. de probat. l. qui prædium* 13. *C. de distr. pign.* & maxime *l.* 8. *C. de act. empt.* item *l. hæc si* 47. *de rei vind.* quo loco disertè scribit Paulus, non aliter dominium rei absentis, nobis acquiri, quam si possessionem ejus nacti simus ex voluntate domini, etenim, inquies, nihil commune habet possessio cum dominio, *l.* 12. §. 1. *de acq. poss.* Quid tum postea? nam nec titulus sive causa, nec nuda apprehensio & detentio habet: quæ tamen illi ipsi in proposito requirunt, qui hoc objiciunt. Separata quoque est causa possessionis & usucapionis, *l.* 2. §. 1. *pro empt.* nemo tamen inde colligit, usucapionem sine possessione procedere. Nihil ad rem facit, quòd dominium retineri potest sine possessione. Non enim tam facile quid acquiritur, quàm quæsitum semel retinetur. Possessio non acquiritur nisi animo & corpore; animo retinetur solo, *l.* 3. §. 1. & §. *saltus* 12. *l.* 6. *in fin. de acq. poss.* Feræ bestiæ non aliter nostræ fiunt, quàm si eas ceperimus: manent nostræ semel captæ, quamvis effugerint, quamdiu cum spe recuperandi eas persequimur, §. *feræ* 12. *sup. eod.* Unus locus est, 3
quo præcipuè moventur qui dominium etiam sine possessione acquiri posse contendunt, *l. si fundum* 16. *de fund. dot.* Ajunt in eo responso mulierem à Triphonino proponi, quæ fundum, quem Titius possidebat, & prope jam usuceperat, marito in dotem dedit eo effectu, ut fundus dotalis fieret, atque ex eo tempore ad prohibitionem legis Juliæ pertinere inciperet, maritoque acquireretur vindicatio: quæ omnia arguant, dominium istius fundi marito quæsitum fuisse, per *l. in rem* 23. *de rei vind.* junct. *l. dot.* 13. §. 2. *de fund. dot.* cui tamen possessio acquiri non potuit, cùm alius fundum possideret. Unde porro effici putatur, fundi istius dominium simplici traditione ac nudo, brutoque corporis contactu in maritum translatum fuisse. Sed eorum, quæ colligunt, nihil ex isto responso necessario sequitur. Etenim in dotem quoque data dicuntur quæ non protinus tradita sunt, sed dari tan-

tùm destinata, *l. si rem 14. & l. seq. de jur. dot.* & cur prædium dotale constitui minus rectè dicatur, quòd mulier instrumento dotali profitetur se in dotem dare, quàm usufructus & jura prædiorum constitui dicuntur pactionibus & stipulationibus, *§. 1. infr. de usufr. §. ult. inf. de servit. præd.* Sed & jus vindicandi marito competere potest, nondum translato rei in dotem datæ dominio, cessione videlicet actionis, *arg. l. ult. C. hær. vend.* quam in specie à Tryphonino proposita intervenisse sine actione in ipsam rem datam omnino credibile est, cùm ipsam in dotem tradere, quàm alter possidebat & tenebat, mulier non potuerit. Lex Julia vetat alienari vel usucapi fundum dotalem. Hæc prohibitio legis Juliæ pertinet quidem maximè ad fundum jam traditum & marito acquisitum; quippe qui propriè dotalis est, *d. l. dotale 13. §. 2. de fund. dot.* & dotalis constituitur, non quali traditione, sed ea, quæ & possessionem transferat, *l. 5. in fin. sol. matrim.* Cæterum, ut Tryphoninus significat, pertinet ea lex etiam ad fundum nondum traditum, sed doti tantùm destinatum, aut instrumento promissum, translata actione ad dominium vindicandum: propterea credo, quòd qui actionem ad rem vindicandam habet, prope abest ab eo, qui habet rem ipsam, *l. qui actionem de reg. jur.* Juvat hanc interpretationem locus ipse, in quo cùm nulla fiat mentio traditionis, tum quòd maritus dicitur fundum à Titio petere debuisse; argumento est Titium ipsum fuisse & mansisse in possessione, nihilque marito ne corporaliter quidem traditum & tenendum datum. Planè sufficit tradentem verè possidere, licèt alius in possessione sit, hoc est, rem detineat; nam jus detentionis non impedire, quominus simplici traditione possessio & per eam dominium transferatur, ostendit *l. 14. & tot. tit. quæ in fraud. cred.* Nec obstat quod dicitur *in l. 2. §. 1. de act. empt.* vacuam possessionem emptori traditam non intelligi, si creditores bona possideant. Hoc enim ad obligationem venditoris pertinet, quæ hoc exigit, non tantùm, ut res præstetur vacua ab omni vero possessore, sed etiam ab alio omni, qui jus aliud vel detentionem habeat, cujusmodi habent creditores, qui morante porro debitore, etiam secundùm decretum petere & impetrare possunt. Illud meminisse oportet, disputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium: nam quin jure civili multis ex causis sine possessione acquiratur, veluti aditione hæreditatis, agnitione bonorum possessionis, legati, fideicommissi, dubium non est. Utilitatis quoque causa jure singulari in quibusdam causis receptum, ut cui possessio non acquiritur, aut acquiri non potest, ei simplici apprehensione acquiratur dominium, eo qui tradit amittente possessionem, vid. *l. acquiruntur 10. §. 4. l. liber 19.* junct. *l. homo 53. h. t. l. etiam invitis 32. eod.* junct. *l. peregre 44. §. 1. de acq. poss. l. 13. de donat.* add. Cont. *lib. 1. disput.* 8. Hotom. *illust. qu.* 11. Bronch. 3. *ass.* 81.

Voluntatem domini) Est enim suæ quisque rei moderator & arbiter, *l. in rem mand. 21. C. mand.* Cæterum ut quis velle rem suam transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent, ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat; ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendit, dare promisit, &c. Illud, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat, *l. si procurator 35. h. t. arg. l. 15. de jurisd.* Ajo, *in dominio rei suæ*: nam si quis non erret in re sua, non in ea, de qua transferenda agitur; sed in re alia, puta in causa debendi; hic error alienationi non obstat: & ideo indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Hoc, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut alia justa causa præcesserit, propter quam traditio secuta sit, l. nunquam 32. hoc tit.* Nec dicat quisquam, id requiri superfluè, cùm si nulla causa adsit, præsumi debeat donatio, *arg. l. campanus 47. de oper. lib.* Quoniam hoc tunc solùm locum habet, cum res consulto data est, *l. cujus per errorem 53. de reg. jur.* Illud non refert, an revera præcesserit causa, an opinione tradentis, ut patet in solutione indebiti. Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias: an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio impediat dominii translationem. Et siquidem in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in capiente nulla nanciscendi; ut si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam aut donatam accipias, aut è converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa, certum est, dominium non transferri, *l. si ergo 18. §. 1. de reb. cred.* Non enim hic concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, *l. in omnibus 55. de obl. & act.* At si utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti si tibi dem fundum tamquam à me

me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias, vel si ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quasi creditam; hic quia ex utraque causa id pariter agitur ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse: idque & Julianus generaliter probat, *l. cum in corpus* 36. *hoc tit.* Videtur autem à Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accipis, *d. l. si ego* 18. *pr. de reb. cred.* Primùm negat hic esse donationem, sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait, nec mutuam esse. Nec hoc quidem negaverit Julianus, quia mutuo data non est. Sed quod addit postea, *magisque nummos accipientis non fieri*; in eo dixeris eum dissidere à Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis transferendi non obstare translationi, cùm in corpus quod traditur, consentimus, & hanc regulam etiam eodem exemplo declarat, *d. l. cum in corpus* 36. quod proponitur ab Ulpian. *d. l. si ego* 18. *de reb. cred.* D. Contius, 1. *disp.* 9. & Bachov. in *Treutl. disput. de mutuo*, *thes.* 4. negant hoc dissidium componi posse: & sanè ferri non potest, quod Alciatus 5. *parerg.* 15. Pac. 3. q.67. Gilb. Reg. 2. *enant. ult.* putant, diversas esse horum locorum species, pecuniam creditam apud Julianum interpretantes debitam, contra usum verborum & manifestum sensum Jurisconsulti. Si qua est componendi ratio, ea est, quam affert Connan. 3. *comm.* 7. & Don. 4. *comm.* 18. & *ad d. l. si ego* 18. *de reb. cred.* nimirum verba hæc Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem posse pati interpretationem. Posse sic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis. Posse etiam sic, ut non fiant perfectè, non irrevocabiliter, ex comparatione scil. acquisitionis rei donatæ, *arg. l. aliud est capere* 71. *de verb. sign. leg. cum quis* 38. §. 3. *de solut.* fiant tamen eo effectu, ut etiamsi adhuc extent, vindicari nequeant consumpti, nec efficaciter condici. Atque hoc posteriore modo verba Ulpiani accipienda esse propter generalem Juliani definitionem. Et videtur aliquo modo suadere hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta, *cum alia opinione acceperit*; quippe qui donatum sibi tamquam mutuum accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter & sine obligatione restituendi tantumdem, tamquam ex causa donationis. Fusius hæc exæquor *lib.* 2. *sel. qu. c.* 35.

Cujuscumque generis sit) Modò ne talis, cujus alienatio prohibita, ut fundi dotalis: aut ne causa ex qua traditur jure improbata, ut donatio inter virum & uxorem. Ait autem, *cujuscumque generis*, ut significet, non solas nunc res nec mancipi, ut olim, simplici traditione & nudo naturali actu pleno jure transferri: sed etiam res mancipi, cujusmodi erant prædia & prædiorum jura in Italico solo, servi, & quadrupedes, quæ dorso collove domantur, & olim non abalienabantur ex jure Quiritium sine actu civili, sine nexus aut cessionis in jure solemnitate, vid. Ulpian. *tit.* 19. *in fragm.* Ravard. ad *leg.* 12. *tab. cap.* 16.

Corporales res) Nam res incorporales propriè traditionem non recipiunt, *l.* 3. §. *si iter* 2. *de act. empt. l. servus* 43. §. 1. *hoc tit.* uti nec possessionem, *l.* 4. §. *si viam* 27. *de usurp. & usuc.* Sed est in his, quod vice traditionis fungatur, patientia domini, & vice apprehensionis possessionisque sit usus illius, cui dominus hujusmodi jus quæsitum vult, *l. ult. de serv. l.* 3. *in pr. de usufr. d. l.* 3. §. *si iter. de act. empt. l.* 2. §. *ult. de prec.*

A domino) Qui scilicet liberam rerum suarum administrationem habeat. Nihil autem interest, utrum ipse dominus rem suam alicui transferendi causâ tradat, an voluntate ejus alius, procurator puta, aut creditor, §. *nihil autem* 42. *inf. eod.* §. 1. *inf. quib. al. lic.* aut etiam alii qui jure pro dominis habentur, ut tutores & curatores, *l. bonæ fidei* 106. *de verb. sign. l. non omni* 16. *& l. lex* 22. *C. de adm. tut.*

Tradita alienatur) Non minus videlicet pleno jure, quàm si mancipata aut jure cessa esset, sublato antiquo discrimine dominii, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* Etenim duo antiquitus fuere dominorum genera, naturale unum, 6
quod in bonis; alterum civile sive legitimum, quod ex jure Quiritium appellabatur, & vel nudum erat, vel plenum. Si, verbi causâ, civis Romanus à cive Romano servum emisset, isque ei traditus esset, neque tamen mancipatus aut cessus in jure, neque ab eo possessus, is servus in bonis quidem emptoris erat; ex jure verò Quiritium non erat, sed eo jure manebat venditoris, quamdiu mancipatus, in jure cessus, aut usucaptus non esset. Jus hoc Quiritium sibi afferebat, qui vindicabat hac vulgata formula, *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*, *l.* 1. *de rei vind.* Hinc & illa judicis dati formula apud Cic. 4. *in Verr. Cap.* 12. *Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse*, vide si Theoph. *tit. de libert.* Ulp. *d. tit.* 19. Brisson. 4. *antiq.* 22. Ravard. *d. cap.* 16. Erat autem ejus, qui in bonis habebat causa potior, quàm domini ex jure Quiritiarii: nam si servus alte-

terius in bonis, alterius ex jure Quiritium esset, ex omnibus causis acquirebat ei, cujus in bonis erat, Ulp. *d. tit.* 19. §. *penult.* Qua de causa Justinianus nudum hoc & inane Quiritium jus sustulit, *d. leg. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Tributaria prædia eodem modo alienantur) Dixit, res omnes, cujuscumque generis sint, traditione alienari, hoc est, ut omnes exponunt, non minus res mancipi quàm nec mancipi. Hinc infert etiam, eodem modo alienari prædia provincialia. Atqui hęc prædia fuere res nec mancipi : res autem nec mancipi etiam veteri jure nuda traditione abalienabantur, Ulp. *d. tit.* §. 6. Unde videtur ex contrario sic inferendum fuisse, *Itaque Italica quoque prædia eodem modo alienantur.* Verùm alio respicere Imperatorem, ex sequentibus apparet, ad exęquationem videlicet juris prędiorum provincialium & Italicorum, cujus ipse primus auctor est, *l. un. C. de usuc.* Olim agri & prædia
7 in Provinciis non erant pleno jure possessorum, sed usu & fructu dumtaxat : summo autem jure propria erant populi Romani, quippe quæ prędia cùm primùm jure belli unà cum possessoribus in jus & ditionem populi victoris venissent, hoc est, publica facta essent populi Romani, sæpe provincialibus seu veteribus dominis denuo utenda & fruenda concedebantur, imposito annuo vectigali aut tributo in argumentum retentæ proprietatis aut summi juris. Unde est, quòd prædia ista à possessoribus mancipio dari non poterant, nec ab alio usucapi, sed longi dumtaxat temporis possessione illud quod dixi jus in iis acquiri: de quo uberius *tit.* 6. Poterat & nuda traditione jus idem in quosvis alios transferri, salva scilicet semper manente proprietate populo aut Principi. Igitur quod de hisce prædiis ait, eodem illa modo alienari, sic accipiendum est, alienari plenè & perfectè, simpliciterque traditione transferri in accipientem verum & justum dominium : idem nimirum, quod nunc quisque dominus in re sua qualibet habet, sublata rerum & dominiorum distinctione, *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. d. l. un. C. de usuc. transf.* Atque hinc patet constitutione Antonini, qui provincialibus omnibus jus civitatis dedit, *l. in orb.* 17. *de stat. hom.* effectum non esse ut solum provinciale ejusdem juris esset cum solo Italico. Primus enim Justinianus differentiam sustulit, voluitque, eodem jure prædia omnia censeri, *d. l. un. C. de usuc. transf. & hoc text.* Obiter addo jus illud vetus provincialium possessorum non fuisse jus personale, quale est ususfructus : sed reale & proximum dominio, cujusmodi est emphyteuticum, & quod vulgo appellatur dominum utile. Nam & possessiones suas hæredibus relinquere, & cuivis extraneo in jure cedere, Ulp. *d. tit.* 19. §. 8. Theoph. *hic*, & servitutem his imponere poterant, *l.* 3. *C. de serv.*

Sunt autem stipendiaria & tributaria prædia, quæ in Provinciis) Nemo hinc colligat, prædia omnia, quæ in provinciis erant, vectigalia fuisse. Certum enim est, multas civitates beneficio populi aut Principum jus habuisse Latii sive Italiæ & sine eo jure colonias nonnullas provinciales & civitates immunes fuisse, *l.* 1. *l. pen. l. ult. de censib.* Cic. 3. *in Verr.* Plin. *l.* 3. *nat. hist. c.* 3. & 11. Sed hic sensus est, prædia, quæ in Provinciis sunt, quæ stipendium aut tributum pendunt, stipendiaria dici & tributaria, uti possessores eorum dicuntur stipendiarii & tributarii. Tributum, si Theophilo credimus, inferebatur Principi, stipendium populo. Hinc Provinciæ Cæsaris tributariæ, populi stipendiariæ. De quo tamen dubito, magisque puto verba ista dici συνώνυμως. Nam constat, Principes sensim sibi 8
Provincias omnes seposuisse, neque diu ratam mansisse partitionem illam Provinciarum quam cum populo Augustum fecisse refert Suet. *c.* 7. Certe tempore Justiniani, ut fisci & ærarii, ita & stipendii & tributi nulla fuit differentia. In libris Pand. aliquando separantur, ut in *l.* 7. §. 2. *de usuf. leg. neque* 13. *de imp. in res dot. l. aufertur* 46. §. *qui compensationem de jur. fisc.* Sed tamen συνώνυμα esse ex auctoritate Pomponii refert Ulpian. *l. si ager* 27. §. 1. *de verb. sign. Stipendium*, inquit, *à stipe appellatum est, quòd per stipes, id est, modica æra colligatur. Idem hoc etiam tributum appellari Pomponius ait. Et sanè*, inquit, *appellatur à contributione tributum, vel ex eo, quòd militibus tribuatur*, ita & Festus in voce *Tributum.* Varro autem *l.* 4. *de ling.* sic dictum scribit, quòd *tributum à singulis pro portione census exigebatur.* Neque solùm initio, ut ex Cic. Cæs. Liv. Plin. Gellio discimus, stipendium & tributum promiscuè appellata est ea pecunia, quæ populo imperabatur & colligebatur in publicum, ut ex ea miles sustentaretur : sed etiam apud posteriores, Sueton. Eutrop. Sextum Ruffum, promiscuum eorumdem verborum usum reperias, ut observavit D. Cujac. 7. *obs.* 3. In eo sanè aliqua differentia est, quòd plerumque stipendium, non tributum, appellamus æs, quod ex tributo militibus solvitur ; unde stipendia facere &c. Petilius Cerealis apud Tacit. *lib.* 4. *hist. cap.* 74. *Neque quies*, inquit, *gentium sine armis, neque arma sine stipendiis, neque*

quæ stipendia sine tributis haberi queunt. Verùm hoc ad præsentem disputationem non pertinet. Illud verum esse ostendit antiquitas, quod D. Hotomannus hic notat, provincialium alios vectigales fuisse, alios stipendiarios, sive tributarios. Vectigales, qui incertum vectigal solvebant, ut decimam partem frugum: unde Decumani dicti, & eorum ager decumanus; de quibus multa Cicero 3. *in Verr.* Stipendiarios, qui certum vectigal in pecunia vel etiam in frumento pendebant. Quod & tributum seu stipendium, teste Cicerone 5. *in Verr.* stipendiatium, dicebatur. Quamquam vectigalis appellatio latius patuir, easque etiam pecunias comprehendit, quæ vel portorii, vel scripturæ, vel salis, aut vicesimæ nomine exigebantur, de quo in præsentia non quæritur, *l. ult. §. species* 8. *de publican.* consule Sigon. 1. *de jur. civ. Rom.* 16. Freig. *in lib.* 3. Cic. *in Verr.* Gœd. *ad l. inter publica* 17. §. 1. *& l. si ager* 27. *de verb. sign.* VINN. Accuratius hæc omnia exponit V. C. Petr. Burmannus *de vectigalibus Populi Rom.* qui hic omnino conferendus. HEIN.

TEXTUS.

2. Limitatio.

41. *Venditæ vero res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato: quod quamquam cavetur lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur & jure gentium, id est jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ex cæteris causis dominium traditione statim transeat, ex causa emptionis non aliter quàm si pretium solutum sit, &c.*
2 *Satisfacere & solvere, item fidejubere, & expromittere, quomodo differant?*
3 *An præsumatur venditor fidem emptoris secutus ex eo, quòd simpliciter rem tradiderit?*
4 *Ad translationem rerum immobilium quæ jure civili Batavorum desiderentur?*

QUod hic traditur, proprium est emptionis. Ex alia causa si quis rem suam sciens tradiderit, statim eam facit accipientis, neque amplius quicquam ad translationem dominii requirimus: in emptione verò & tertium exigitur, ut pretium solutum sit, aut necessitas ejus solvendi in præsentia remissa. Cur verò tam variè? Nimirum quia in cæteris, qui rem suam scientes ex justa 1 causa tradunt, veluti ex causa donationis, dotis, legati, &c. voluntas transferendi manifesta est, in venditore non est, si nihil amplius de voluntate ejus constet; quippe qui ex communi hominum sensu hac lege & conditione potius rem, quam vendidit & tradidit, transferre voluisse censeri debeat, si pecunia sibi soluta sit, (hanc enim spectat, & protinus sibi numerari velle videtur, qui rem vendit) quàm animum habuisse rem suam purè & simpliciter in emptorem transferendi. Constat autem, ejus, quod sub conditione datur aut traditur, dominium in accipientem non statim transferre, *l. 8. de reb. cred.*

Vel alio modo ei satisfecerit) Traditur hoc idem *l. quod vendidi* 19. *de cont. empt. l.* 5. §. *pen. de trib. act. fac. l. ut res* 53. *de cont. empt.* Satisfaciendi verbum generalius est, quàm sol- 2 vendi. Qui solvit, utique & satisfacit: at non omnis satisfactio solutio est. Satisfacit & qui non liberatur, veluti si quis fidejussorem vel pignora det: solutione verò obligatio tollitur. Ait, *ei satisfecerit*; nimirum venditori volenti & fidejussorem vel pignus loco solutionis accipienti: neque enim cogitur creditor admittere satisfactionem vice solutionis, *leg.* 6. §. 1. *quib. mod. pign. l.* 10. *de pign. act.* non magis quàm solutionem alterius rei, quàm quæ debetur, *leg.* 2. §. *de reb. cred. l.* 16. *& sequ. C. de solut.*

Expromissore) Hoc nomine etiam fidejussor hic intelligi videtur, ut in *l.* 4. §. 3. *de re jud.* Certum enim est, tam fidejussore quàm expromissore dato, rem emptoris fieri, *d. l. ut res* 53. *de cont. empt.* Enimverò cum propriè loquuntur Jurisconsulti, fidejussorem, quem alio nomine adpromissorem vocant, *l. si verò* 64. §. 4. *sol. matr. l. in omnibus* 43. *de solut.* separant ab expromissore, ut *in d. l.* 53. *de contr. empt. l. qui libertinus* 37. §. *ult. de op. libert.* Expromissor is propriè dicitur, qui alienam obligationem novandi animo in se suscipit, *leg. ult. de sen. Mac. d. l. qui libertinus* 37. §. 4. *de op. lib.* & simpliciter reus appellatur, *l.* 7. §. *servus* 8. *de dol. mal. l. si vero* 64. §. 4. *sol. matr.* nempe quia promissor debitorem liberat, & vice ejus se solum debitorem constituit. Fidejussione autem nulla fit novatio, aut primi debitoris liberatio: sed fidejussoris obligatio, ut pignus, accessio est principalis obligationis, §. *fidejussores* 5. *inf. de fidejuss. l. in omnibus* 43. *de solut.*

Quamquam cavetur lege 12. *tab.*) Pleraque quæ

quæ lege 12. tabularum cauta sunt, rationem civilem habent, formulasque & solemnia spectant, ut liquet ex fragmentis, quæ à viris doctis collecta in manibus studiosorum versantur: non tamen omnia. Nam quod placet, rem venditam non aliter emptoris fieri, quàm si pretium venditori solutum sit, aut satis eo nomine factum, id jure & ratione naturali, ea quam dixi efficitur: & tamen id ipsum quoque lege duodecim tab. cautum. Non rectè igitur sic collegeris, id cautum est lege civili, ergo est juris merè positivi; aut, ergo id non efficitur jure gentium sive naturali. VINN. Inde verò est, quòd in traditionibus, quæ nexu & mancipio fiebant, adhibenda esset ænea libra, & emptor eam ære percuteret, indeque æs daret ei, à quo mancipio acciperet. Vid. Caji fragmentum apud Boethium in *Coment.* ad Cic. *Top. lib.* 3. Non enim translatum credebatur dominium, nisi satisfactum esset mancipanti. HEIN.

Fidem emptoris secutus fuerit) Id est, fidem emptori de pretio habuerit sine ulla satisfactione, *d. l.* 19. *de cont. empt.* ἐπειδὴ ἑκούσιος ἐπίστευσε καὶ τῇ ψιλῇ ὁμολογίᾳ αὐτοῦ, quod ex circumstantiis æstimandum, veluti si dies solutioni dicta sit, *leg.* 3. *Cod. de pact int. empt. & vend.* aut si, cùm emptor pecuniam ad manum non haberet, venditor dixerit, I, licet: nunc non requiro: postea dabis. Planè si nulla mentio facta sit de pretio postea solvendo,
3 ex eo solo quòd venditor rem tradidit, censeri non debet fidem emptori habuisse, ut hic locus & *d. l.* 19. apertissimè ostendunt. Adeoque regula illa, quam hic ex communi opinione Schneid. tradit; *In dubio qui rem venditam simpliciter emptori tradit, sequi videtur fidem emptoris, nisi contrarium appareat*; convertenda est, & sic concipienda: *In dubio qui rem emptori tradit, non videtur sequi fidem emptoris, nisi emptor contrarium doceat.* Atque ita com-
4 muniter DD. suo tempore tenuisse refert Jo. Fab. & probant Wesemb. & Bachov. Jure civili Batavorum ad translationem sive alienationem prædiorum, censuum, decimarum, aliarumque rerum immobilium non sufficit eam privatim traditam esse, licèt à domino, qui plenam rerum suarum administrationem habet; sed necesse est; ut earum rerum traditio fiat publicè & coram judice ejus loci, in quo sitæ sunt. Privatim aut apud alium judicem facta, nullius momenti habetur: exceptis bonis feudalibus, quorum traditio facienda coram domino feudi, ejusve Vicario, & paribus curiæ. Hoc enim cùm antea quibusdam dumtaxat in locis ex consuetudine observaretur, generali lege sancitum est à Carolo Quinto anno 1529. Ab Ordinibus additum, ut hujusmodi traditiones actis insinuarentur, hoc est, referrentur in litteras publicas: & si ex causa venditionis aut permutationis fierent, quadragesima pretii aut justæ rei æstimationis in usum publicum fisco poneretur, *fac. art.* 7. *Ord. pol.* D. Grot. *lib.* 2. *man. cap.* 5. & *ibi* Groenevv.

TEXTUS.

3. Ampliatio.

42. *Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, aut voluntate ejus alius, cui ejus rei possessio permissa sit. Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit à domino, isque ex iis negotiis rem vendiderit, & tradiderit; facit eam accipientis.*

COMMENTARIUS.

1. *Distinctio, quæ vulgo fit inter procuratorem, cui simpliciter rerum omnium administratio commissa est; & procuratorum cum libera, ut loquuntur, latè improbatur.*

CUm ad dominium traditione transferendum necesse sit, ut dictum est, ut res tradatur à domino, hoc nunc ex Cajo *leg.* 9. §. *nihil autem* 4. *hoc tit.* declarat Imp. atque sic esse accipiendum ait, ut nihil intersit, utrum dominus ipse per se rem alicui tradat, an alius voluntate ejus: quippe quod quis per alium facit, dum ei mandat aut jubet, ut faciat, id ipsum eum facere videri, *leg.* 5. §. 3. *de adm. tut. l.* 1. §. *dejecisse* 12. *de vi & de vi arm.*

Cui ejus rei possessio permissa est) Hotom restituit, *cui ejus rei potestas permissa est*, quod quidem sensum habet commodiorem: sed tota hæc adjectio abest à Cajo, & paraphrast. Græco. Unde suspicor, glossema esse, quod in textum reptavit: ob eamque causam etiam à Cujacio hoc omissum.

Si cui libera universorum negotiorum) Si nominatim alicui mandatum sit, ut rem tradat, nemo ambigit, quin si mandato perseverante id faciat, dominium ejus rei transferatur in accipientem, *l. solutum* 11. §. *ult. de pign. act. leg. restituta* 37. *in fin. pr. ad sen. Treb. l. fundi* 33. *de acq. poss.* nec ulla hic exceptio est: quoniam in speciali mandato non potest dubitari de voluntate domini. An autem & 1
mandati generalis hæc vis sit, ut procurator cui universorum bonorum administratio permis-

missa est, possit rem ad administrationem suam pertinentem sine exceptione alienare, aut in alium transferre, quæri solet, DD. comm. duo genera ejusmodi procuratorum faciunt, unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio commissa est; alterum, quibus commissa est libera, nominatim scil. hoc adjecto, & procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus rem alienandi habere contendunt, modò ne id fiat animo donandi: eum autem, cui simpliciter administratio mandata est, nihil alienare posse præter fructus, aut res alias, quæ facile corrumpi possunt. Verùm hæc distinctio ut commentitia & Veteribus incognita, à Duar. *ad leg. 1. §. per procuratorem 20. de acq. poss.* Don. 4. *com.* 15. Vaud. 1. *quæst.* 47. & aliis nonnullis doctis viris rejicitur. Et verò si ex mandato æstimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omnino videtur, parem esse debere horum procuratorum potestatem; nec quod alteri non licet, id alteri in re dominica licere. Quid enim interest; simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo, libera? Non magis hæc differunt, quàm hæres simpliciter institutus, & institutus ex asse. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur: quippe quam liberè exercere liceat in rebus omnibus, nec minùs liberè, quàm si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicumque mandato non continetur: qualia sunt donatio, *leg. 7. de donat.* manumissio, *leg. servus 13. de manumiss.* rei dominicæ pro alio obligatio, *leg. 1. §. quæ res pign. dat.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *leg. 7. §. 1. quib. mod. pign. solv.* item quævis alia juris domini remissio, *leg. mandato 60. de procur. l. præses 12. C. de transact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis, *leg. procurator tutorum 63. de procur.* junct. *leg. 12. & ult. de cur. fur. l. procuratorem 16. Cod. de proc. l. 1. §. 1. de off. proc. Cæs.* Hinc cui simpliciter rerum gerendarum provincia demandata est, rem domini in judicium deducit, *leg. 12. de pact.* quod illis tantùm licet, qui domini loco habentur, *leg. tutor. 22. & leg. 27. de adm. tut.* potest exigere & accipere, *leg. 11. de pact. l. qui hominum 34. §. 3. de solut.* creditoribus solvere, *leg. quolibet 87. eod. tit.* novare, *l. 20. §. 1. de novat.* potest transigere, pacisci, jusjurandum deferre, *d. l. præses 12. C. de transact. d. l. 12. de pact. l. jusjurandum 17. §. ult. de jurejur.* modò ea faciat in re dubia & probationibus deficientibus, *arg. l. tutor 35. d. tit. de jurejur.* Potest rem domini pignori dare, si mandatum accepit ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere, *l. 12. de pign. act.* Potest vendere ea, quæ servando servari non possunt, *leg. procurator 63. de procur.* & quatenus negotiorum exigit administratio, etiam alia quædam ob magnam utilitatem alienare, *arg. l. 12. & l. ult. de cur. fur.* Non debet plus licere ei, cui libera administratio permissa est; ut enim maximè libera sit administratio, tamen est nihil amplius. Quod igitur de hujusmodi procuratore traditur, posse eum aliud pro alio permutare, *l. procurator 58. de proc.* hoc & in superiore verum est: in utroque autem sic accipiendum, si conditio & ratio administrationis id flagitet. Eodemque modo etiam accipi debet, quod hoc loco & apud Cajum, *d. l. 9. §. 4. eod.* relatum est, procuratorem cum libera rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Planè potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimantur: quæ alioqui aut non concessa, aut non tam planè concessa intelliguntur, ut in specie, *leg. creditor 60. §. Lucius 4. mand.* Argumentum, quod ab administratione peculii sumptum, ad distinctionem suam probandam DD. afferunt, nullum est, & distinctio administrationis peculii in simplicem & liberam, ex *leg. 10. Cod. quod cum eo qui in al. pot.* ipsa quoque suspecta, confer. *leg. si convenerit 18. §. ult. de pign. act. leg. si quis 41. §. ult. de rei vind. l. pen. §. 3. de div. & temp. præsc. l. 13. in fin. de cond. ind. l. libera 48. pr. & §. 1. de pecul. l. ult. de novat. l. contra 28. §. 3. de pact. leg. 8. §. an pacisci 5. quib. mod. pign.* Atque hoc etiam Vaudus animadvertit *d. loc.* qui etiam contendit, plus licere filiofam. aut servo liberam peculii administrationem habentibus in administratione rei peculiaris; quàm procuratori universorum bonorum in rebus mandatis: propterea quòd peculium est quasi proprium patrimonium servi filiive familias à substantia & rationibus domini patrisve separatum atque abstractum, *leg. 5. l. peculium 39. de pecul.* quod longè diversum fit in procuratore. Ad hæc, unam eamdemque servi & domini, unam patris & filii personam videri, *leg. 10. de opt. leg. l. ult. in fin. Cod. de impub. subst. §. 4. & §. post mortem 12. inf. de inut. stip.* Utcumque sit, certè alienationem ut donent, aut jus aliquando gratuito remittant, vi generalis mandati non habent, *l. 3. §. si servum 8. de don. int. vir. & uxor. l. 1. §. 1. quæ res pign. dat. l. 7. de donat. l. 3. §. 2. vers. si*

filiusfam. de Sen. Mac. l. contra juris 28. §. 2. *de pact.*

TEXTUS.

De quasi traditione. Si traditio ex alia causa præcesserit.

43. *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te deposuerit, postea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit; eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset.*

NOTÆ.

43. *Perinde ac si eo nomine*) Fictione scilic. brevis manus, ut una actio hic occultetur, *leg.* 3. *§. pen. D. de don. int. vir. & ux.* Fingitur res ex priore causa restituta, & ex posteriore denuo tradita.

COMMENTARIUS.

Dictum est in explicatione §. *per tradition.* 40. *sup. eod.* dominia rerum transferri non nudis pactis, sed traditione. Nihil autem interesse, an verè traditio fiat & naturaliter, an fictè & per repræsentationem. Fictæ traditionis usus in rebus incorporalibus necessarius est; utpote quæ natura traditionem non recipiunt, *l. servus* 43. §. 1. *boc tit.* pro traditione autem in his est utendi concessio, *l. ult. de serv. l.* 3. *de usufr.* in aliis rebus propter commoditatem recepta, quo expeditior esset ratio commerciorum. Et in his rebus fingitur traditio intervenire, si ea vel nota sive symbolo aut alia re quapiam repræsentetur, vel res geratur brevi manu. De ea, quæ symbolo fit, dicetur §. proximo. Fictione brevis manus traditio fit, cum vel rem meam, quæ apud te sit, ex alia causa tibi vendo aut dono, ad quam speciem pertinent exempla hoc §. proposita ex Cajo *l.* 9. §. *interdum* 5. *eod.* vel cùm eum, qui mihi dare volebat, aut debebat, jussero tibi dare, *l.* 3. §. *pen. & ult. de don. int. vir. & ux.*

Nuda voluntas) Non quæ planè & per se nuda sit, aut præter consensum nihil habeat, quemadmodum cùm dicimus, ex pacto nudo actionem non nasci, nudum intelligimus, quod simpliciter nudum est, hoc est, tale, quod præter conventionem nihil causæ habeat ad obligandum eum, qui pactus est; *l.* 7. §. 4. *de pact. l.* 10. *C. eod.* Nam cùm ne actio quidem ex hoc genere pacti competat ad dominium adipiscendum, plusquam manifestum est, dominium ex eo transferri non posse. Non etiam quæ nuda sit ab omni traditione: quomodo nuda pacta accipimus, cum traditionibus in genere opponuntur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* & pignus nuda conventione contrahi dicitur, qua convenit: ut res pignori sit sine ulla traditione, *l.* 1. *de pign. act.* Sed nuda ex comparatione ejus rei, cui hoc loco opponitur, id est, nuda à vera & naturali traditione, quæ causam transferendi sequatur. Nam si nuda sit ab omni non tantùm reali, sed etiam ficta & symbolica traditione, sola voluntas dominium transferre non potest. Eodem sensu quarumdam rerum possessio animo apprehendi dicitur, *l. antep. de acq. poss.* nimirum oppositivè ad actualem & naturalem apprehensionem.

Commodaverit, locaverit, aut apud te deposuerit) Vel etiam pignori tibi dederit, *leg.* 9. §. 1. *de pub. in rem act.* Nec videberis causam possessionis tibi mutare, qui ne posidebas quidem, *l.* 3. §. *sed si* 20. *de acq. poss.* Sed & si rem meam posideas, & eam tibi vendam, aut tibi habere jubeam, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit, *l. si servus* 21. §. 1. *boc tit. l.* 10. *de donat. l. si rem* 62. *de evict.* Ad hoc genus fictæ traditionis etiam pertinent species, *l.* 3. §. *pen. & ult. de don. int. vir. & ux.* si id quod alius mihi dare volebat, jusserim Titio dari: quamvis fictio nonnihil dissimilis, & inter tres personas.

Perinde ac si eo nomine tibi tradita esset) Apparet, hic actum aliquem adsicisci sive fingi, qui pro traditione sit; cùm causam transferendi nulla sequatur traditio secundùm ordinem naturæ: & ideo in proposito dicitur res pro tradita haberi, *d. l. si rem* 62. *de evict.* & *boc* §. dominium transferri nuda voluntate. Fictio sive cogitatio talis est: creditur *res tibi* commodata aut apud te deposita, domino, qui eam postea tibi vendidit aut donavit, restituta, atque ab eo mox ex ea causa tibi tradita. Quod à Consultis ideo excogitatum est, quia hoc modo celerius & sine inutili circuitu ad finem propositum perveniatur, *d. l.* 3. §. *pen. de don. int. vir. & ux.* Unde in simili; si debitorem meum jusserim tibi dare, fingitur brevi manu acceptum à me, & tibi datum, ut una actio hic occultetur, *d. l.* 3. §. *pen. & ult. l. licet* 43. §. 1. *de jur. dot.* Eadem fictio intervenit & in iis, quæ singulariter circa pecuniam creditam recepta esse scribit Ulp. *l. singularia* 15. *de reb. cred.* sive res geratur inter

tres

tres personas, veluti si Titium pecuniam, quam mihi debebat, jusserim Sejo mutuo dare; sive inter duas, puta si convenerit, ut pecuniam, quam tu mihi ex mandati causa debes, crediti nomine retineas. In utraque enim hac specie fingitur mihi data pecunia, & à me ad te aut ad Sejum profecta: quamquam Africanus stricti juris retinentior fictionem istam non videtur admittere in specie posteriore, vid *l. qui negotia.* 34. *mand.* ejusque Interpretem Cujac. 8. *ad Afrìcan.* Sunt tamen, qui putant, absentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quasi factum fingi non posśit jure, nisi & per rerum naturam fieri potuerit, *per l. falsus* 43. §. 2. *de furt.* & ideo Ulp. sententiam admittendam cesset, si debitor præsens sit & paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore absente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe disertè Africanum loqui de eo, qui epistolam misit ad creditorem, ac proide de eo, qui absit. D. Don. *in d. l. singularia.* 15. *de reb. cred. num.* 22. *& seq.* Utut sit, hoc jure non utimur, ut absentia hujusmodi fictiones non impediat. Plura diximus *lib.* 1. *select. quæst. c.* 40.

TEXTUS.

De traditione clavium.

44. *Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

NOTÆ.

44. *Tradiderit emptori*) Apud horeum, *dict. l.* 74. in re præsenti, *l.* 1. §. *penult. D. de acquir. possess.*

COMMENTARIUS.

HOc §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut symbolo veram repræsentat, cujus una species proponitur, si mercibus certo loco conclusis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, *ex dict. l. qua ratione* 9. §. *item si* 6. *hoc tit.* Sunt autem hujus generis & aliæ species, veluti traditio instrumenti, quo traditio res ipsa, de qua alienanda in eo agitur, tradita & translata intelligitur, *l.* 1. *C. de don.* Trabium & tignorum obsignatio pro eorum traditione valet, *leg. quod si* 14. §. 1. *de per. & com. rei vind.* Item custodis appositio, si res non facile loco moveri posśint propter magnitudinem ponderis, *l. antepen. de acquir. possess.* Potest & sine nota actus aliquis traditionem repræsentare: nam si in re præsenti & aperta dominus eam se mihi tradere dicat, ego sim hoc animo, ut velim possidere; hic placuit me possessionem nancisci oculis & affectu, perindeque hoc haberi, ac si pedem finibus intulissem, corpore ac manu rem apprehendissem, *l.* 1. §. *pen. leg. quod meo.* 18. §. 2. *de acquir. possess.*

Simul atque claves horrei tradiderit) Clavibus horrei aut cellæ traditis, etsi merces inclusæ (frumentum, vinum) oculis & sensibus non subjiciantur, earum tamen rerum possessio & dominium nobis acquiritur, haud secus ac si res ipsæ conditæ nobis traditæ essent, *dict. leg. qua ratione.* 9. §. *item si* 6. *d. l.* 1. §. *penult. l. clavibus.* 74. *de contr. empt.* Cæterum hoc ita, si claves traditæ sint apud ipsum locum, in quo res conditæ sunt, *dict. l. clavibus.* 74. Nam & symbolica traditio esse debet, ut per eam res potestati nostræ statim subjiciatur: quod non fit, si alibi claves tradantur: & ideo rectè hoc expresśit Theoph. ἐὰν παρεστὼς τῷ ὡρείῳ

TEXTUS.

De Misśilibus.

45. *Hoc amplius interdum & in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce, prætores & consules, cum misśilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus; & tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.*

COMMENTARIUS.

ET si regulariter in translatione dominii non minus persona accipientis quam tradentis certa esse debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, *l. in omnibus.* 55. *de obl. & act.* evenit tamen interdum, ut dominium per traditionem transeat in personam accipientis incertam, veluti cum misśilia jactantur aut sparguntur in vulgus; quod exemplum hoc loco proponitur, *& l.* 9. §. *pen. eod.* etenim qui pecunias suas ita spargit aut projicit; in nullius certæ personæ destinationem fertur, & planè ignorat, quis quid earum rerum sit accepturus. Utique tamen quia palam est, velle eum quod quisque ex sparso apprehenderit id sibi habere; æquissimum est & naturali rationi consentaneum, ratam haberi domini voluntatem, *arg.* §. *per traditionem* 40. *supr. eod.* Poterat videri, quod

 ita

ita sparsum est pro derelicto habitum, & ideo apprehendenti cedere jure occupationis rerum nullius. Sed magis est, ut ex voluntate domini traditum sibi accepisse dicamus: cùm in eum finem pecunia sparsa sit, ut statim apprehenderetur, & quantum apprehensum esset, fieret apprehendentis, quo animo non est is, qui rem pro derelicto habet. VINN. Immo certissimum est missilia nostra fieri non per traditionem, sed per ocupationem; quia qui illa spargit, eorum dominio vero sese abdicat, antequam quis ea apprehenderit. Quorum dominio nos abdicavimus, ea sunt derelicta. Res pro derelictis habitæ cedunt occupanti. Nec ratio Vinnii aliud suadet. Omnes enim res pro derelictis habitæ eo fine abjiciuntur, ut apprehendantur, & quantum quisque apprehenderit, fiat adprehendentis. Quo animo esse derelinquentem, cur neget auctor noster, equidem non video. HEIN.

Prætores & Consules) Desunt hæc apud Cajum: & vix est, ut reperias, Magistratus populi Romani, Consules, aut Prætores missilia sparsisse. Principes id factitasse legimus apud Sueton. *in August. c.* 98. *in Caligul. c.* 18. *in Neron. cap.* 11. Ut Consules sparserint, è Græcorum consuetudine fluxisse videtur: quam Marcianus non sine causa sustulit, *l.* 2. *C. de consul. & non sparg. pec. l.* 12. revocavit ad certum modum Justinianus. *Nov.* 105. *cap.* 2. §. 1. qua constitutione permittitur volentibus Consulibus missilia spargere, & muneribus honorare populum, dum ne id sæpius faciant, quàm septies in anno, & in septem processionibus; nec aurum populo spargant, quod soli datur imperio. Hæc constitutio iterum abrogatur à Leone, ususque missilium Consulibus in totum interdicitur, *Nov. Leo.* 94.

TEXTUS.

De habitis pro derelicto.

46. *Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit; ut id in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus ejus esse desinit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ requirantur, ut res pro derelicto habita censeatur?*

2 *Pro derelicto habita statim nostra esse desinere: alterius autem non fieri, nisi possessio eorum apprehensa fuerit.*

Res pro derelicto habita statim nostra esse desinit, & nullius fit, ideoque secundum jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut supra quoque monuimus §. *item lapilli.* 18. *eod.* Ad traditionem referri non potest ut species superior: quia qui rem pro derelicto habet, quamvis intelligatur voluisse eam ejus fieri, qui primus eam sustulerit aut occupaverit, *leg.* 5. §. 1. *pro derel.* non tamen ea mente eam abjicit aut deserit, non laborat ut alius eam accipiat, quod facit is, qui pecuniam spargit. Sparsio species donationis est & liberalitas, qua, qui spargit, populum demereri studet: abjectione autem aut desertione hoc saltem agitur, ut ne res amplius in bonis sit.

Quod dominus ea mente abjecerit) Duo exigit hæc definitio ut res pro derelicto habita censeatur: primùm ut quis rem suam amplius suam esse nolit: tum ut quam non vult amplius suam esse, eam abjiciat aut deserat; alterutrum si desit, dominum non amittitur. Fac ergo rem à domino abjici, aut deseri, non ea tamen mente, ut eam à se amoveat, aut amplius suam esse nolit; nihil hic amittitur, §. *sequent.* Fac è converso nolle amplius suam esse; nisi eam abjiciat, aut si immobilis est, ab ea discedat hoc animo, ut eam amplius habere nolit, dominus esse non desinit: in quo dominium differt à possessione, quæ solo animo amittitur, *leg. si quis.* 17. §. 1. *de acquir. possess.* 1

Ideoque statim dominus esse desinit) Res pro derelicto habita statim ut abjecta aut deserta est, nostra esse desinit: quia iisdem modis res desinunt esse nostræ, quibus nostræ fiunt, *l.* 1. *pro derel.* Unde rectè à Juliano notatur Proculus, qui putabat dominium rei pro derelicto habitæ tunc demum à nobis abire, cùm ab alio occupata esset, *l.* 2. §. 1. *dict. tit.* Sic enim fieret, ut si quis eam rem furandi animo abstulisset, furtum commisisse intelligeretur, quod est absurdum, *leg. falsus.* 43. §. 5. *de furt.* Quòd si dominus non sit, à quo res derelicta est, non fit statim occupantis, sed poterit qui occupavit eam usucapere, *l.* 4. *pro derel.* Illud constat, pro derelicto habita, ut cætera quæ nullius sunt, non acquiri ei, qui primus ea videre cœpit & notare oculis, sed qui primus possessionem eorum nactus fit. Sic Acanthos Insula deserta adjudicata fuit Chalcidensibus, qui priores intraverant, non Andriis 2

driis, qui priores jaculum immiserant, Plutarch. *quaestion. Graec.* 29. Quoniam possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio: qualis circa res mobiles maxime fit manibus: circa res soli, pedibus, D. Grot. *mar. lib. cap.* 2. Sunt qui pro derelicto habita fisco nunc adscribenda tradunt, D. Cyprian. Regn. *cens. Belg. hic* post Zypae. *notit. jur. Belg. tit. de jur. fisc.* quibus non assentior per ea, quae nos *ad* §. 39. *sup. eodem* & Groenevv. *de ll. abrog. ibid.*

TEXTUS.

De jactis in mare levandae navis causa. Item de his, quae de rheda currente cadunt.

47. *Alia sanè causa est earum rerum, quae in tempestate levandae navis causa ejiciuntur; hae enim dominorum permanent: quia palam est, eas non eo animo ejici, quod quis ea habere nolit, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longè videntur discedere ab his, quae de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.*

NOTAE.

47. *Furtum commitit*) Hujus loci interpretem habes Ulp. *d. l.* 43. §. *pen.* & §. 4. *cum aliquot seqq. D. de furt.*

COMMENTARIUS.

1 *Quae levandae navis gratia ejiciuntur, non eo animo abjici videri, quòd quis ea habere nolit.*
2 *Eum qui alienum quid in via jacens, lucri faciendi causa tollit; furti obstringi; licèt ignoret cujus sit.*
3 *Quid si nemo rem inventam post proclamationem repetat.*
4 *An praemium indicii honestè peti possit.*
5 *Quid circa res ejectas aut naufragio perditas hodiernis moribus obtineat.*

EX iis, quae praecedenti §. dicta sunt, intelligi potuit, pro derelicto habendum non esse, quod dominus non ideo adjecit, quia amplius suum esse non vult, sed alia mente: ac proinde id ejus, qui abjecit, manere, nec fieri apprehendentis. Id hoc §. declaratur exemplo rerum in tempestate levandae navis causa ejectarum.

Non eo animo ejici, quod quis ea habere nolit) 1 Qui oborta tempestate levandae navis gratia res aliquas projiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant; quippe si invenerint, ablaturos, & si suspicati fuerint, in quem locum ejectae sint, requisituros: sed ut levata nave maris periculum effugiant. Perinde igitur hoc est, ac si quis onere pressus in via rem abjecerit, mox cum aliis reversurus ut eam auferat, *leg.* 8. *ad leg. Rhod.* quam ob causam res ita jactas dominorum permanere, rectè hic concludit Justinianus cum Cajo *in l.* 9. §. *ult. hoc tit* & Paulo *leg.* 2. *in fin. ad leg. Rhod. fac. l. si quis merces.* 7. *pro derel. l. interdum.* 21. §. *de acq. poss. l. quacumque.* 58. *hoc. tit.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomannus, existimans, cum à caeteris omnibus dissensisse, ac putasse, jactum fieri animo derelinquendi; aut saltem credendum esse, plerumque eo animo fieri, & quasi periturum sit, quod jactatur: sic enim scribit in *l. falsus creditor.* 43. §. *pen. de furt.* Respondet Wesembecius, Ulpianum eo loco de jactu spontaneo loqui, de eo videlicet qui simpliciter nec urgente ulla necessitate res aliquas in mare projicit: hunc in hac actione merè voluntaria credibile esse pro derelicto velle habere id, quod videtur ut periturum jactare. Quam responsionem, licèt eam ut ineptam explodat Bachovius, locus ipse non parum juvat; nam ex fine *d.* §. *pen.* manifestum est, Ulpianum distinxisse inter id, quod simpliciter & non simpliciter jactatum sit.

Cùm ipsa navis maris periculum effugiat) Mercator nunquam mercium suarum jacturam faceret, nisi speraret majus se malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ ut haec actio mixta sit ex spontaneo & invito. Invita est, si causam spectes, quae extrinsecus impellit, ut jactura fiat; spontanea, si causam proximam & principium internum, consilium mortis evitandae. Quin etiam plus voluntarii quàm inviti hujusmodi actiones habent: nisi enim voluntate consentiente fierent, in exequendo ministerium non praeberent membra corporis. Consule *Aristot.* 3. *eth.* 1.

Lucrandi animo) Secus est, si hoc animo, ut rem salvam faceret & restitueret domino, aut si putans, simpliciter sive sponte jactatam pro derelicto habitam, *d. l. falsus creditor.* 43. §. *pen.* & §. *sed si.* 6. *de furt.* Bene hoc intellexit Daemones in Rudente Plutina, qui vidulum à servo suo in mari repertum alienum esse judicat, non suum *act.* 4. *scen.* 2.

Quae de rheda currente cadunt) Comparantur 2 res

res in tempestate ejectæ cum his, quæ iter facientibus decidunt de curru, aut quæ imprudentibus excidunt in vias, quas certum est dominorum permanere, eumque qui alienum quid jacens in via luc.i faciendi causa tollit, furti obstringi in tantum, ut nihil intersit, sciverit, aut ignoraverit, cujus essent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quòd cujus sit ignoret, *d. l. falsus* 43. §. *qui alienum*. 4. quippe cùm omnes scire debeant, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, *l. ult. Cod. unde vi.* At si non ut lucretur sustulit, sed redditurus ei, cujus id esse postea apparuerit, furti non tenetur. Proinde si nescit cujus sit, rectè probeque faciet, si libellum proponat continentem, invenisse se, & redditurum ei, qui suum id esse demonstraverit; hoc enim facto palam ostendet, se non tulisse eam rem animo furandi; *d. l. falsum.*
3 43. §. *sed si.* 7. *& seqq.* Quid ergo, si post hujusmodi libellum propositum, aut (sicubi consuetudo) post insinuationem præconis voce factam, nemo sese offerat, qui rem inventam ut suam repetat. Poterit inventor, si pauper est, eam sibi ceu munere Dei collatam retinere: sin dives est, bene & piè fecerit, si in usus & alimoniam pauperum eam convertat, ita Bart. *ad d. l. falsus* 43. *qui alienum* 4. Fab. Cantiunc. Schneid. *hic.* (Canonistæ cum Theologis dicerent, non tantum bene & pie, sed ex justitiæ & conscientiæ debito faciendum.)
4 dum.) Qui hoc obiter etiam tractant, an is, qui rem alienam invenit & indicavit, si nihil impensæ ejus gratia fecit, præmium indicii honestè petere possit. Et ajunt, non posse, quamvis ultro oblatum honestè accipiatur, quod etiam satis apertè significat Ulp. *d. l. falsus* 43. §. *quid ergo* 9. ubi pro eo, quod in vulgatis editionibus omnibus, atque in ipso etiam Pisano codice legitur; *Quid ergo si, εὕρετρα, quæ dicunt, petat,* &c. Budæus ex vestigiis exilibus antiqui exemplaris, ut ipse ait, restituit, *Quid ergo, si ea quæ dicunt Græci μήνυτρα, petat,* sed nulla necessitate: nam εὕρετρον, non minus Græcum est, quam μήνυτρον, atque ut hoc præmium indicinæ, ita illud præmium inventionis significat. Illud non ambigitur, posse, si res nondum reperta est, ejus perquirendæ nomine & peti honestè indicium & accipi, *fac. leg.* 5. §. *si tibi* 4. *de cond. ob turp. ca.* Hac eadem in causa sunt etiam bona naufragorum, & peculiaris etiam pœna in eos, qui quid eorum in littus expulsum surripuerunt, nova lege constituta est publicatio omnium bonorum, *auth. navigia C. de furt.* quæ desumpta est ex constitutionibus Frederici Secundi *de statutis & consuetudinib. contra Ecclesiæ libertatem editis tollendis, coll.* 10. De 5
rebus in tempestate ejectis, aut naufragio perditis, inque littore inventis, aut extractis è mari, idem in hac regione antiquitus jus fuit, quod nunc Principum sæcularium fere omnium maris accolarum commune est, fisco statim ut vindicarentur; adeoque ipsa etiam fragmenta & tabulas quassatarum scopulisque illisarum navium. Cæterum aucta navigatione, inque dies magis magisque increscente; visum est, placitumque Ordinibus hujus Provinciæ, ut suas cuique res ruptas deperditasque repetere liceat; modò id faciat intra annum & sex septimanas, impensæque refundantur, quæ forte factæ sunt ab harum rerum susceptoribus. Hoc tempore alapso publicantur, & fisco acquisitæ esse intelliguntur, *Placit. Van de zeedriften*, *Phil.* 2. qui tamen facile patitur eas redimi, Grot. 2. *manuduct.* 4. Graviter in præcipitem illam publicationem rerum ad littus ejectarum, *lib.* 1. *de repub. c.* 10. invehitur Bodinus: *Barbarum id quidem*, inquit, *& antiquis inusitatum; ut cujus opes ac fortunæ naufragio misere perierint, & quem nostris opibus sublevare debeamus, ejus reliquias, quas ad littus ejectas bona fide restitui oportebat turpe diripi patiamur. Sic tamen*, inquit, *vivitur, ut qui portus habent, eam crudelitatem tum in cives tum in peregrinos exæquantur. Jus quæris? Error jus facit; at si non peccatur errore, sed scientia; scelus est, quod erroris specie prætenditur.* Mera sanè injuria est, nulla probabili causa præcedente suum alicui auferre: atque ob id antiquis semper religiosum fuit, bona naufragorum fisco addicere. Extat constitutio Constantini in *C. Justin. tit. de naufrag. lib.* 11. in hæc verba: *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad littus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat, fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur?* Bene Euripides *in Helena.*

Ναυαγὸς ἥκω ξένος ἀσύλητον γένος.

Dion. Prusæensis *orat.* 7. de naufragio locutus:

Μὴ γὰρ εἴη ποτέ, ὦ Ζεῦ, λαβεῖν μηδὲ κερδᾶναι κέρδος τοιοῦτον ἀπὸ ἀνθρώπων δυστυχίας. Potest etiam huc accommodari locus Cassiodori *lib.*4. *var.* 7. ubi sic scribit: *Crudelitatis genus est, ultra naufragium velle desævire, & illos ad dispendia cogere, quibus inopem vitam probantur immania elementa dedisse.* add. *auth. navigia. C. de furt.* Gail. 1. *obs.* 28. Gudelin. *lib.* 5. *de jur nov. cap.* 10. Christin. *vol.* 5. *decis.* 64. Grot. *de jur. bell. & pac. lib.* 2. *cap.* 7. *in pr.* Groenev.

nev. de legib. abrog. ad l. 1. *C. de naufrag.* & *ibi alleg.* Mornac. *ad l.* 2. *in fin. l.* 4. §. 1. *l.* 9. & *ibid. not. nostras ad* Pet. Peck. *de l. Rhod.* Doctiss. Salmasius *cap.* 5. *de mod. usur.* putat, non Constantinum, sed Antoninum auctorem esse memoratæ constitutionis sub *tit. C. Inst. de naufrag.* id stylum ostendere, & veteres libros testari: nec relatam esse sub eod. tit. in Cod. Theodosianum, quod & D. Contius antea observavit. Ea autem constitutione Antoninum abrogasse legem Rhodiam, qua parte naufragia fisci esse, & ad publicanos pertinere sanxerat, τὰ ναυάγια τ̃ τελωνῶν εἶναι. atque esse hanc constitutionem posteriorem rescripto ejusdem Antonini, quod extat *in leg.* ἀξιώσις 9. *de leg. Rhod.* quo naufragos ad legem Rhodiam remisit. Ostendit etiam, rescriptum istud multis modis corruptum esse, & in d. constitutione pro *Vel si quando reliquam terram attigerint*, ut omnes libri scripti habent, legendum, *Vel si quando reliqua terram attigerint.* Nec dubium, quin *in d.leg.* ἀξιώσις 9. *de leg. Rhod. pro* ὑπὸ τ̃ δημοσίων, ex ejusdem Salmasii sententia, quam & Grotius probat, reponendum sit, ὑπὸ τῶς δημοσιώνων, id est, τελωνῶν, à publicanis.

TITULUS SECUNDUS.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Continuatio.

Quæ de acquirendo jure gentium dominio dicta sunt titulo præcedenti, ea pertinent dumtaxat ad acquisitionem rerum corporalium. Sunt autem & res quædam incorporales, quæ & ipsæ in patrimonio sunt, & suis quoque modis, prout earum fert natura, tum jure gentium, tum civili singulis acquiruntur. Non est igitur principalis divisio quæ hoc titulo proponitur, sed subdivisio quædam rerum privatarum, sive earum quæ in bonis aut patrimonio sunt. Cajus hanc principali continenter subjecit, *l.* 1. §. 1. *de rer. div.* unde huc transtulit Justinianus.

TEXTUS.
Secunda rerum divisio.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt, qualia sunt ea, quæ in jure consistunt, sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes quoquomodo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus hæreditatis, & ipsum jus utendi fruendi, & ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt & jura prædiorum urbanorum & rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

NOTÆ.

Quædam præterea) Totus hic titulus descriptus est ex Cajo *l.* 1. §. 1. *D. de rer. div.*

Pecunia) Hic apertè pecunia inter res corporales numerantur, ut & apud Cajum *d. l.* 1. & nihil notius est, quàm nummos æquè ac cætera corpora vindicari posse, *l.* 14. *de reb. cred.* §. *ult. infr. quibus al. lic.* Opponuntur interdum corpori, *l.* 46. *D. de cond. ind. l.* 5. *pr. de imp. in rem dot. l. ult. de adm. leg.* at tunc non omne corpus simpliciter, sed certum intelligi debet, *l.* 68. *D. ad sen. Treb. l.* 10. *D. accept.* & in quo præter corpus nihil consideratur.

Ipsum jus hæreditatis) Cajus *ipsum jus successionis*, à quo & hæreditas definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, *l.* 24. *de verb. sign.* sed hæc impropriè. Nam succedere non hæreditatis est, sed hæredis. Hæreditas autem est res acquisitioni subjecta, & quæ hæredi per successionem acquiritur. Jus verò dicitur, quia universitatem denotat, patrimonium defuncti cum oneribus; non res singulas seorsum, *l.* 119. *l.* 208. *d. tit.* Hæc plena præ iis, quæ alii.

COMMENTARIUS.

1 *Inter res corporales etiam nummos rectè numerari.*
2 *Ea, quæ in jure consistere dicuntur, non esse mera entia rationis.*
3 *Quo sensu hæreditas, ususfructus, obligatio, jura dicantur, & rebus ipsis opponantur?*
4 *Hæreditatem propriè neque successionem esse.* ne-

neque jus succedendi, neque rem, quæ succedis, sed jus, quod per sucessionem acquiritur.

5 *Jura prædiorum quo respectu servitutes dicantur?*

SI natura tangi possunt) Hoc est, quæ sub tactum cadunt, quas, si præsentes sint, corpore & manu apprehendere cæterisque sensibus percipere possumus. Ait autem, hujusmodi res esse fundum, hominem, &c. fundum, puta Tusculanum; hominem; Sticum; res; nimirum singulares & substantias primas. Nam secundæ substantiæ sive universalia à sensibus remota sunt Arist. 1. *analyt. cap.* 31. Utrum autem universalia sint merum opus intellectus & figmenta phantasiæ; an quid reale essentiam habens, & revera subsistens in rebus singulis; Philosophorum disputatio est. VINN. Sunt hæc verè stoica. Quum enim hi philosophi sensus omnes reducerent ad tactum; corpus definiebant, *quod tangi possit*: Sen. *Epist.* 106. *Iidem corpora sola esse*, adfirmabant: corporales res non *esse*, sed *intelligi* Cic. *Top. cap.* 5. Illa *res* vocabant, has *jura*. Quintilian. *Inst. V.* 10. Et inde facile patet, cur Paullus servitutes nec in bonis, nec extra bona esse dicat. HEIN.

Aurum, argentum) Non tantùm rudè, sed
1 etiam signatum, nummi aurei aut argentei, licèt contra disputet D. Hotomannus *illust. quæst.* 15. Nam oppositum est in opposito, sive contradictio in adjecto, si quis dicat argentum signatum corpus non esse. Spectatur quidem in pecunia maximè valor publicus, *l. de cont. empt.* & respectu hujus valoris nummus nonnumquam opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil consideratur, ut in *l. quis hæredis.* 46. *de condict. ind.* Cæterum qui nummos & pecuniam negant aliud esse aut significare quàm valorem & quantitatem ipsius, illi vehemenrer falluntur. Utique enim & materialiter pecunia considerari potest, cùm materia pecuniæ, argentum, aurum, fundamentum sit valoris; de quo bellè & doctè Salmasius *lib. de usur. pag.* 455. Et corpora etiam in pecunia cogitari posse, non quantitatem dumtaxat, testis est Papinian. *l. si is* 64. §. 1. *de solut.* Quin Justinianus hoc ipso tit. & Cajus *l.* 1. §. 1. *de rer. div.* expressè pecuniam inter res corporales numerat. Denique quid notius est, quàm nummos æquè ac cætera corpora vindicari posse? Nihil me movet, quod apud Pomponium, *l. si pœna* 16. §. 2. *de cond. ind.* legitur: Si falso existimans me debere nummos solvere, qui partim alieni, partim mei fuerint, ejus summæ partem dimidiam, non corporum, me condicere. Nam & si frumentum meum cum alieno commixtum, cui non debebam, per errorem solvissem, responderet Jurisconsultus, non dimidiam partem corporum, sed quantitatis condicendum: neque tamen ex eo quisquam colligeret, frumentum rem esse incorporalem, sed habet hoc hanc rationem, quia confusim corpora mea & aliena solvi, non ut certa species, sed existimans me debere certam quantitatem. Quid quòd eo ipso quod ait, *me non condicere partem corporum*, fatetur corpora esse? Nihil etiam quod Ulpian. *leg.* 5. *in pr. de imp. in res dot.* scribit, diminutionem dotis per impensas necessarias fieri ipso jure, ubi non sunt corpora, sed *pecunia*. Neque enim corpora pecuniæ opponit ut non corpori, sed eadem ratione, qua eodem loco corpora opponit corpori æstimato; quod utique nemo dixerit rem esse incorporalem: & nimirum, ut res quæ in specie restituendæ sunt, iis rebus opponuntur, quæ in genere functionem recipiunt. Constat enim, pecuniam esse rem fungibilem, cujusmodi res eodem jure ac obligatione in dotem dantur, qualis est in mutuo, ut scilicet soluto quandoque matrimonio, maritus non eadem corpora quæ accepit reddat, sed tantumdem, *l. res in dotem* 42. *de jur. dot.* Idem respondendum ad *l. ult. de adim. leg.* Alibi cautius summa aut numerata pecunia non simpliciter corpori sed certo corpori opponitur, *l. si hæres* 68. *pr. ad sen. Treb. l.* 10. *de accept.*

Qualia sunt, quæ in jure consistunt) Res omnes, quæ tangi aut demonstrari non possunt, sed animo tantùm cerni atque intelligi, incorporales quidem sunt: verùm non omnium earum rerum consideratio Jurisconsulti propria est. Nam & Angeli, & spiritus, & Animæ res sunt incorporeæ. Illa quoque quæ à Cicerone in *Topic.* enumerantur, *usucapio, tutela, gens, agnatio*: quamvis harum rerum tractatio ad Jurisconsultum pertinet, non sunt tamen hujus loci, in quo de iis rebus agitur, quæ acquiri possunt, & patrimonium nostrum augent. Usucapio autem non est res, quæ acquiritur, sed causa & modus acquirendi, uti & gens & agnatio: gente enim & agnatione hæreditas obvenit. Tutela onus est & munus publicum. Quid est ergo, quod ait, *quæ in jure consistunt? Jus est*, inquit Wesemb. *intellectus seu recta ratio. Quæ igitur in jure consistunt, ut alia omnia, quæ sunt rationis, ea tantùm intelliguntur*, inquit, *non sunt*. Ita loquitur Wesembec. quasi existimet, ea, quæ in jure consist- 2

sistere dicuntur, esse mera entia rationis & intentionalia dumtaxat; quomodo & D. Tuningius, qui ea dicit esse notiones & intelligentias, quas Platonici *Ideas* vocant; neque aliud judicium Donelli fuit *lib. 5. com. 1.* Sed quæso, quid tam absurdum est quàm dicere, hæreditatem, bonorum possessionem, usumfructum, servitutes prædiorum, pignus, obligationes, actiones, figmenta esse intellectus, natura nihil esse? Amabo te, si tibi luculenta hæreditas relicta sit, aut opulenti patrimonii ususfructus, somniumne esse putabis phantasiæ, aut ideam Platonicam? quamquam sunt ἀψηλάφητα καὶ ἀμεταχείριστα. Sic autem habendum est, res hujusmodi in jure consistere dici, & his corpora opponi: non quia revera & natura non sint, aut extra considerationem juris non subsistant, sed quia à jure quodammodo existentiam suam, hoc est certam ac definitam formam acceperunt: quippe jus civile harum rerum naturam quasi pro arbitrio formare potest; cujusmodi potestatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc sensu accipiendum quod Fab. & Ang. tradunt, ea dici in jure consistere, quæ à jure substantiantur, creantur, & nominantur. Habent enim utique & veram suam essentiam, suntque omnino entia realia, sicut & quævis alia accidentia: ita propemodum & D. Bachovius.

3 *Sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes)* Hæc omnia hactenus quidem rectè conjunguntur, quatenus jura sunt, sive res incorporales. Cæterum dissimilis harum rerum ratio est quatenus rebus ipsis opponuntur; ut mox ostendemus. Hæreditas universitatem bonorum significat, in quæ hæres succedit, & quia appellatione sua universim bona omnia & jura defuncti, etiam quibus iste aliis tenebatur, comprehendit, hac consideratione non inepte jus dicitur, *l. hæredit. 119. l. pecuniæ 178. §. 1. l. bonorum 208. de verb. sign.* Unde Papinian. *l. hæreditas 50. de hær. pet. hæreditas,* inquit, *etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, add. l. 3. de bon. poss.* Obligatio quatenus à parte debitoris consideratur, jus non est, sed vinculum juris, quo ille adstringitur ad dandum aliquid aut faciendum, *infr. de obl. in pr.* A parte autem creditoris, qui debitorem ita adstrictum habet, non male jus dicitur, quod ex contractu acquiratur, & numeretur in bonis. Etenim jus illud non est jus in re, sed tantùm ad rem, tribuens creditori actionem in personam dumtaxat, non rei vindicationem, & ideo tractatio de obligationibus, earumque acquirendarum modis, non est hujus loci, in quo Justinianum proposi-

tum est docere, quibus modis acquirantur jura in rem dominio non absimilia; sicut ipse apertè significat *in §. ult. de us. & hab.* & de obligationibus demum tractare incipit *tit. 14. l. 3.* In usu & ususfructu, quatenus uterque ut jam constitutus & acquisitus consideratur, plus est. Sunt enim hæc jura in re, quæ usuario & fructuario pariunt actionem confessoriam, quæ in rem est, *§. 2. inf. de act.* De horum constitutione & acquisitione agitur *tit. 4. & 5. hujus libri.*

Nam ipsum jus hæreditatis, &c.) Nemo est, qui non intelligat, usumfructum non esse idem, quod sunt ipsi fructus, cùm sit jus fruendi, id est, percipiendi fructum rei. Obligationes quoque nemo tam fungus est, qui non videat aliud esse quàm res in obligationem deductas. Quis enim putet, rem, quæ veniit, obligationem esse? At quo pacto hæreditas à rebus singulis hæreditariis secernatur, non usque adeo obvium. Quod Justinianus ait, ipsum jus hæreditatis incorporale esse, Cajus *l. 2. §. 1. de rer. div.* dixit, ipsum jus successionis tale esse, & Africanus *l. bonorum 208. de verb. sign.* hæreditatis appellatione jus successionis, non singulares res demonstrari. Quid ergo? estne hæreditas jus successionis? Si figuraté id accipias pro eo jure, quod per successionem acquiritur, aut acquiri potest; concedo esse. Si propriè; nego. Quid enim aliud est jus successionis, quàm jus succedendi? At jus succedendi ex testamento, aut lege est, idque hæres habet priusquam hæreditatem adeat: hæreditatem autem non ante habet, quàm eam adierit, *l. delat. 151. de verb. sign. §. ult. de hær. qual. tot. tit. de acq. hær.* Jus succedendi decedens intra annum transmittit ad hæredes suos; hæreditatem verò non transmittit, *l. cum in antiquioribus 19. de jur. del.* Aliud igitur est jus successionis, aliud hæreditas. Sed estne hæreditas ipsa successio? Sanè à nostris definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil 24. de verb. sign. leg. hæreditas 62. de reg. jur.* Verùm & hoc impropriè dici de hæreditate fatendum est: non enim ipsa 4
hæreditas, sed susceptio hæreditatis successio est; quippe succedere non hæreditatis, sed hæredis est; unde hæres passim universi juris successor appellatur. Ad eumdem modum bonorum possessio definitur jus persequendi patrimonii, *l. 3. §. 2. de bon. poss.* nec tamen ipsa id jus est, sed agnita id tribuit bonorum possessori. Hoc ita esse, cum per se liquidum est, tum confirmatur ex eo, quod de bonorum possessione, quæ effectu nihil aliud est, quàm hæreditas, Ulpian. *d. l. 3. in pr.* scribit, bo-

bona accipienda, esse universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum & incommodum. In jus demortui succedit & commodum, atque incommodum suscipit non hæreditas, aut bonorum possessio, sed hæres, aut bonorum possessor. Atque, ut verbo dicam, hæreditas ut res cæteræ objectum est acquisitionis, & res, de qua acquirenda agitur; successio modus, per quem illa acquiritur: jus succedendi, jus, quo delata acquiri, & obtineri potest. Quamobrem nec Theophilus rectè hæreditatem definit esse jus, quod alieni patrimonii me universalem dominum efficit; non enim hæreditas id efficit, sed successio, sive hæreditatis agnitio. Immo alienum istud patrimonium nihil aliud est simul sumptum, quàm ipsa hæreditas. Nec Hotomannus jure carpit M. Tullium Ciceronem, quasi non satis intelligenter, nec ad subtilitatem juris civilis accommodatè hæreditatem definierit, *pecuniam, quæ morte alicujus ad aliquem pervenit jure, nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta sint*, cùm hæreditas, ut ait Hotomannus, *non pecunia sit, sed jus acquirendæ pecuniæ, sive jus succedendi.* Quanto enim intelligentius & subtilius Cicero quàm Hotomannus, liquet ex iis, quæ jam dicta sunt. Neque pecuniæ verbum, quod pro genere Cicero posuit, quemdam offendere debet, cum etiam nostri testentur, pecuniæ appellatione res omnes & tam jura, quàm corpora contineri, *l. pecuniæ 222. de verb. sign. de discip. Christi c. 6.* Totum quicquid homines possident, in terra pecunia vocatur, servus sit, vel ager, arbor, pecus, quicquid horum est, pecunia dicitur, ut apud Græcos χρήματα. Olympiodor. *in Phædon.* Plat. ἄλλοι φασὶν ὅτι χρήματα καλεῖ ὁ Πλάτων πάντα κτήματα. Displicet etiam nunc mihi D. Donelli opinio, quam aliquando secutus sum, qui *l. 6. comm. 2.* hæreditatem esse contendit rem ipsam, quæ succedit in universum jus defuncti; propterea quod hæreditas jacens in quibusdam fingitur vicem personæ defuncti & domini sustinere, *l. hæreditas 34. & l. hæreditas 61. de acq. rer. dom.* Nam illa consideratione hæreditas non magis res dici potest, quæ quidem subjecta sit acquisitioni, quàm defunctus ipse, cujus personam repræsentare fingitur. Res ipsa loquitur, hæreditatem nihil aliud esse quàm patrimonium cujusque defuncti cum oneribus, *Eens Overledens boedel*, ut tribus verbis definit D. Grot 2. *manud.* 11. ita tamen, ut appellatione sua universitatem demonstret, omniaque defuncti bona, jura, & onera simul comprehendat, non res singulas seorsum, *l. bonorum 208. de verb. sign.* Atque hoc sensu jus dici, corporibusque, quæ in hæreditate sunt, opponi arbitror.

Eodem numero sunt & jura prædiorum) Servitutes prædiorum etiamsi corporibus accedant, incorporales tamen sunt: quippe jus prædii non pars prædii est, sed qualitas, *leg. 24. de serv. l. 4. in pr. si serv. vind. l. quid aliud. 86. de verb. signific.* Quod autem ait, jura prædiorum etiam servitutes vocari, non sic intelligi oportet, quasi eadem prorsus sint jura, & servitutes: nam servitus propriè non jus, sed juris privatio, & imminutio est, *l. 5. §. & belle. 9. de op. nov. nunt.* verùm quòd relata inter se sint, & illa vim habeant agendi, hæ patiendi significationem. In eo igitur, cui debetur, eundi puta facultas, jus dicitur; in eo, qui debet, servitus est, & juris imminutio. In illo servitus activè, in hoc passivè. VINN. Sunt itaque servitutes omnino jura prædiorum, puta dominantium, quia prædium prædio servit. Sed non omnia jura prædiorum sunt servitutes, quia & plura alia sunt prædiorum jura, ut bonitas, salubritas, amplitudo. *l. 86. de V. S.* Item jus venandi, coquendi cerevisiam, aliaque quæ nullam vicino prædio patiendi vel non faciendi necessitatem imponunt. HEIN.

TITULUS TERTIUS.

DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM ET URBANORUM PRÆDIORUM.

Dig. Lib. 8. Tit. 1. & 2. C. Lib. 3. Tit. 34.

1 *Servitutis, qualem hic intelligimus, definitio ejusque explicatio.*

2 *Species servitutis. Quid sit servitus prædii; quid ea requirat, de quo tamen latius, num. 4.*

3 *Omnes servitutes prædiorum perpetuam causam habere debere, & quid veteres per causam perpetuam intelligant.*

SErvitutis & libertatis nomina etiam rebus inanimatis & brutis tribuuntur, sed per translationem, & longè alio significatu, quàm cum personæ servire di-

dicuntur in disputatione de statu hominum.
Illic suo quæque domino persona servit: li-
bera est, quæ dominum non habet: at res ser-
vire dicuntur, non quæ domino suo serviunt,
sed quæ domino suo non omnia officia præsta-
re possunt, verùm quædam præstare coguntur
alteri, non domino: liberæ esse, quæ uni
& soli domino omnia præstant, *quo fac. leg.
qui uti. 90. de verb. sign.* Etenim quod ex re
sua percipit dominus, id ei res ipsa ultro præs-
tare videtur, libereque id facere, & cum
quadam velut propensione voluntatis, quasi
natura ita facta, ut id velit. Cùm autem pati
cogitur, ut quædam commoda alius perci-
piat, jam servire videtur, quasi amissa priore
facultate, quæ ei pro libertate affingebatur.
Vitiosa igitur planè est divisio, qua servitus
distribuitur in tres species; in merè persona-
lem, merè realem, & mixtam. Nam merè
personalis, quæ hominum est & sola propriè
servitus una cum reliquis, quæ tantùm ἀνα-
1 λόγως id sunt quod dicuntur, eidem generi
ut species ejusdem subjici non potest. Igitur
servitus, qualem hic intelligimus, est jus in
re aliena alteri constitutum, quo dominus,
quod huic alteri commodum fit aliquid aut
pati in suo, aut in suo non facere cogitur.
Dicimus, servitutem esse jus, habita scilicet
relatione ad eum, cui constituta est: & video
in omnibus suis speciebus ita eam à nostris
definiri, in itinere, actu, via, aquæductu,
hoc tit. in pr. & l. 1. de serv. præd. rust. in servi-
tutibus prædiorum urbanorum, *§. seq. & l. 2. de
serv. præd. urb.* in usufructu, *pr. tit. seq. & l. 1. de
usufr.* Per se autem servitus, & respectu ejus,
à quo debetur, non jus est, sed juris privatio
aut imminutio, *l. 5. §. 1. & belle. 9. de op.
nov. nunt.* Ajo, esse jus, quo dominus aliquid
pati in suo; aut in suo non facere cogitur,
ex natura omnium servitutum, *l. quotiens. 15.
§. 1. de serv.* Pati in suo, puta re sua uten-
tem, fruentem, per fundum suum euntem,
agentem, aquamve ducentem, tignum in ædes
suas immittentem. Non facere, veluti altius
non ædificare, in suo non ponere, quod lu-
minibus ædium nostrarum, aut prospectui
officiat, &c. Planè enim ita servitus constitui
non potest, ut quis aliquid cogatur facere in
suo, puta viridia aut arbores prospectus no-
stri causa tollere, aut in suo pingere, quo
amœniorem nobis prospectum præstet, *d. l.
15. §. 1.* obligatio hæc erit, non servitus
constituta, & ideo prædio alienato, non se-
quetur actio novum possessorem, ut fit ubi
servitus constituta est, *l. cum fundo 36. de serv.
præd. rust. l. neque 19. quib. mod. us. am.* sed
in eum, qui id facere promisit, hæredemque
ejus actio in personam dabitur, *l. actionem 25.
de obl. & act.* in id scilicet, quod interest, si
non fiat quod promissum est: ut accidit in
omni obligatione faciendi, *l. 13. in fin. de re
jud. l. stipulationes 72. de verb. obl. §. ult. infr.
eod.* Una servitus oneris ferendi à natura re-
liquarum nonnihil degenerat, de qua dice-
mus *§. 1. inf. hoc tit.* Quod adjeci de commo-
do, id finem servitutis respicit; neque enim
ulla est servitus, quæ non commodi nostri cau-
sa constituatur, aut certè alicujus amœnitatis,
d. l. 15. in pr. de serv. l. 3. de acq. cott. & æst.
Non autem præcisè requiritur, ut præsens sit
utilitas, sed sufficit, natura tale jus esse, ut
aliquando usui esse possit: quo modo cum D.
Duareno accipienda *l. pen. de serv.* Porro spe- 2
cies harum servitutum duæ sunt: quædam enim
sunt rerum, sive prædiorum, quibus in usu ju-
ris generis fere nomen simpliciter tribuitur;
quædam personarum. Sic autem distinguuntur
non à re, quæ servitutem debet, sed ab ea re
cui debetur. Prædiorum igitur sunt, quæ deben-
tur prædiis; personarum, quæ personis, *l. 1.
de serv. l. si mihi 20. §. ult. de serv. præd. rust.
l. si quis 32. de usufr.* De servitutibus prædio-
rum agitur hoc tit. de personalibus tit. proxi-
mo, & seq. Servitus prædii est, quæ prædio
alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem.
Duo igitur hic prædia sint necesse est, quo-
rum unius causa servitus constituatur, alteri
imponatur; unum dominetur, alterum ser-
viat, *l. 1. §. 1. com. præd. §. 3. inf. hoc tit.* Re-
quirimus in his prædiis vicinitatem; neque in
rusticis tantùm, quod D. Vultejus facit, &
Joan. Superior. *ad l. 3. de serv.* verùm etiam
in urbanis, *l. 5. §. 1. de serv. præd. rust. l. si
ædes 38. & l. seq. de serv. præd. urb.* Etenim vi-
cinitatem non ex prædiorum conjunctione
aut confinio, sed ex commoditate utendi me-
timur, ut intermedium prædium aut locus non
officiat, si non impediat liberum usum servi-
tutis, *l. 7. §. ultim. l. ult. de serv. rust. præd.
l. 7. §. 1. com. præd. l. 1. de serv. præd. urb. l. 4.
§. ult. si serv. vind. l. servitutes 14. §. ult. de
serv. l. si prius 17. §. 3. de aq. pluv. arc.* Duar.
& ad d. l. 14. §. ult. Don. 11. *comm.* 2. Cæpoll.
18. *de serv. urb. præd. num.* 2. Omnes verò 3
servitutes prædiorum, ut veteres definiunt, per-
petuam causam habere debent, *l. foramen 28.
de serv. præd. urb.* Perpetuum illis est, quod-
cumque ex naturali causa oritur, etsi non sit
assiduum, ut ecce aqua pluvia ex naturali cau-
sa oritur, etsi non assiduè pluit, *d. l. 28.* quod
enim naturaliter fit, perpetuum videtur, licèt
non fiat assiduè, ut defectio Lunæ Arist. 1.

post. 8. Sed & quod ex facto nostro oritur perpetuum habetur, si ex causa prædium aut pars prædii parata est, ut fumi immissio, *l.* 8. §. *Arist.* 5. *si serv. vind.* Causam servitutis vocant id, cujus aut arcendi à nostro, aut in nostro habendi gratia servitus constituta est, verbi gratia, in stillicidio & aquæductu causa, ob quam hæ servitutes comparatæ sunt, est aqua: illic, ut ab ædibus nostris avertatur, hic, ut aqua ducatur, & in nostro habeatur, *d. l.* 28. *l.* 1. §. 4. *de font.* Iterpretes vulgo dum distinguunt inter servitutes continuas & disconti-
4 nuas, causam confundunt cum possessione. Facile autem ex superiore definitione colligere est, servitutem prædii non intelligi, quæ constituta est in prædio quidem alieno, sed ei qui prædium non habet, aut qui non habet vicinum, *l.* 5. §. 1. *de serv. præd. rust. l. Mela* 14. §. *ultim. de alim. leg.* aut etiam ei, qui habet vicinum, si non sit constituta illius prædii causa, & revera prædio utilis, *l. si ædes* 38. *de serv. præd. urb. l.* 6. *in pr.* & §. 1. *de serv. præd. rust.* eoque pertinet quod scribit Paul. *l.* 8. *de serv. Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, & cœnare in alieno possimus*, servitutem imponi non posse: nimirum quia hoc jus prædii nostri causa non constituitur, nec prædii nostri causam meliorem facit. Si quis igitur in suo tale quid faciendi jus alteri concesserit, id personarum servitutibus adscribendum. Inde quoque est, quòd servitus prædii non intelligatur, si in constituendo persona demonstrata sit, cui soli ea præstetur, licèt ad utilitatem quoque prædii constituta sit, *l.* 4. *de serv. præd. rust.* Ita nonnumquam ex accidenti fit, ut natura servitutis alteretur, add. Coras. ad *d. l.* 8. Don. 9. *comm.* 21. Wes. *parat. de serv. præd. rust. num.* 3. Porro autem ut prædia, vel rustica sunt, vel urbana, ita quoque & servitutes, quæ iis inhærent, vel rusticæ sunt, vel urbanæ. Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area, ruri ager, *l. fundi* 211. *de verb. sign.* non enim loco, sed materia & genere distinguuntur, ut postea plenius intelligetur.

TEXTUS.

De servitutibus rusticis.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi, hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: sed qui actum habet, & iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via, est jus eundi & agendi & ambulandi, hominis; nam iter & actum via in se continet. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

NOTÆ.

Ambulandi) Ire & transire, sive per alienum prædium in suum recta pergere: ambulare, animi gratia spatiari in secessibus, eamdemque viam ire & redire; quod tamen hic non ut jus aliquod principale consideratur, sed ut illius juris accessio, & ita non obstat *l.* 8. *de serv.*

Non etiam jumentum) Jumento vehi potest, jumentum, ὀχϑοφόρει κτῆνος, agere non potest.

Etiam sine jumento) Ex tacita voluntate & sententia constituentis, *arg. l.* 21. *de reg. jur.* secus, si contra expressè convenerit, *l.* 4. §. 1. *si serv. vind.*

Via in se continet) οὐσιωδῶς ut totum partes; *arg. l.* 13. §. 1. *D. de accep.* Itaque via per se intelligi non potest sine jure eundi, &c. *l.* 13. *D. de servit.* nihilque mutandum in definitione viæ, qua una præcedens utraque rectè comprehensa est. De differentiis actus & viæ, v. Cujac. 22. *obs.* 35. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 12. §. 1. *de S. P. R.*

COMMENTARIUS.

1 *Eum, qui iter habet, rheda vehi non posse, contra Cæpollam.*
2 *An spatiari voluptatis aut valetudinis causa, vel equum manu ducere gestandi gratia paratum.*
3 *Ei, qui actum habet, licere & armenta agere, nec tamen ideo pro* jumentum *reponendum* armentum.
4 *In definitione actus male D. Hotomannum pro* vel vehiculum *reponere* non etiam vehiculum.
5 *An actui insit & iter sine jumento.*
6 *In definitione viæ nihil mutandum; & quid inter viam, & actum intersit.*
7 *De aquæductu quædam observatu digna.*

SErvitutes rusticorum prædiorum sunt, quæ prædiis rusticis inhærent. Sunt autem longè plures, quàm hic numerantur. D. Donellus 11. *com.* 6. doctrinæ causa ad tria genera eas revocat, nam ut eleganter & eruditè ostendit, aut eo pertinent, ut per alienum fundum ad nostrum perveniatur, eove quid accedat; aut ut quid ex vicino sumere liceat, quod ad usum prædii nostri aut pecorum, quæ prædii causa habentur, transferatur; aut ut prædium nostrum onere, quo intus premitur, exoneretur. Ad primum genus pertinent quatuor

tuor illæ, quas hic explicat Justinianus post Ulp. *l.* 1. *de serv. præd. rust.* secundi generis exempla sunt in §. 2. *infr.* & *d. l.* 1. §. 1. *eod.* tertii, *l.* 3. §. 1. & 2. *eod.* item exemplum, quod proponitur *l. si qui* 29. *eod.* ut aquam aperto sulco educere in fundum vicini liceat. Singula fusius explicat Don. *d. cap.* 6. & 2. *seq.*

Iter est jus eundi, ambulandi) Jure eundi continetur & qui lectica aut sella, item qui equo vehitur, *l.* 7. *l.* 12. *eod.* parum enim referre visum est, suis pedibus quis utatur in
1 eundo, an alienis. Quod autem Cæpolla *de serv. rust. præd. cap.* 1. *n.* 4. & 5. putat, eum qui iter habet, etiam rheda aut curru per duos equos vehi posse, modò rebus aliis rheda non oneretur, vereor ut defendi possit. Non enim par ratio est lecticæ, quæ à lecticariis gestatur, & currus, quem jumenta trahunt. Jumenta cum curru agere non est ire, nec ejus, qui iter habet, actum aut viam. Moribus nostris tres diversæ servitutes sunt, *voetpadt*, *rypadt*, *dreef*, id est, actus.

Ambulandi) Id est commeandi ultro citroque, eundi ad fundum nostrum & inde redeundi, quoties lubet. An igitur & spatiandi vo-
2 luptatis aut valetudinis causa? Ita quidem D. Cujac. 22. *obs.* 35. Baro. *hic* Don. 11. *comm.* 6. Atqui ut spatiari liceat in alieno animi causa, prædii servitus imponi non potest: hoc enim personæ voluntatem respicit, non utilitatem prædii, *l.* 8. *de serv.* unde D. Hotomannus verbo ambulandi nihil aliud hic significari existimat, quàm commeationem ob res prædio, iisve quibus illic morari necesse est, utiles aut necessarias. Puto tamen dici posse, ambulationem istam hic non considerari, ut jus aliquod principale & per se, sed ut illius juris accessionem. Glossa verbum *Ire* refert ad eum, qui vadit solus, *Ambulare* ad eum, qui it cum socio, quod & Cæpolla facit *d. cap.* 1. *num.* 2. & sequitur Schneid. *hic n.* 11. Sed si, quod uni concessum est, ad plures porrigimus, gravior fiet servitus: qua ratione Glossam improbat Porcius hic, quamquam sanè is, qui iter habet, cum alio ire prohibendus non est, si comitatus alterius spectat ad utilitatem solius prædii, cui iter debetur, ut bene D. Busius ad *l.* 1. *de serv. præd. rust.* VINN. Eodem modo hic junguntur, *ire, ambulare*, quo alias *uti frui*, *do lego*, *nexus mancipium*, *sarta tecta*, *ruta cæsa*, *usus auctoritas*. Non hæc synonima, sed plerumque jungitur minori majus, uti exemplo *usus fructus* præclare docuit V. C. Ger. Noodt. *de Usufr. l.* 1. *Ire* est porro & ulterius pergere, & fere ad negotia persequenda, ambulare & animi, & nullius negotii causa spatiis factis in eadem vestigia reflectere. Auson. Popma de *Differ. verb. lib.* 1. *p. m.* 30. Sensus itaque est, non necessitate finiri servitutem itineris, sed semper ire posse dominum prædii dominantis, sive id negotii causa faciat, sive voluptatis. Solius tamen voluptatis causa sibi stipulari jus ambulandi, omnino repugnaret fini servitutum, *l.* 8. *de serv.* HEIN.

Hominis) Atqui diximus, eum qui iter habet, etiam jumento ire posse. Nimirum etiam in eo spectamus hominem, qui ministerio jumenti in eundo utitur, ut causam principalem, non ipsum jumentum per se. Quod si quæras, cur hominis hic mentio fiat, cùm iter prædii servitus sit, non personæ: respondebimus, ut hinc removeantur pecora, quæ & ipsa cùm aguntur, ire dicuntur: deinde non designari hic quamlibet personam, sed qui prædium habeat, cujus nomine erat. Nam hæ servitutes non ideo prædiorum dicuntur, quia personæ non competunt, sed comparatione facta ad jura merè personalia, quia non alii competunt, quàm qui prædium habet.

Non etiam jumentum agendi) Ita & Ulp. *l.* 1. *hoc tit.* & Paul. *l.* 7. *eod.* Hoc autem haud dubiè accipiendum est de jumentis, quæ sarcinas portantes aguntur, aut ducuntur. Nam si quis pedes ire malens, in itinere descendat de equo, eumque manu ducat, cur id ei non liceat? aut cur per famulum non possit equus deduci ad dominum, ut rediturus eum conscendat, & eques remeet? *arg. l.* 12. *eod.*

Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum) *D. l.* 1. *eod.* Jumenti appellatione non contineri boves, identidem relatum & responsum 3
est, *l. ædiles* 38. §. *jumentorum* 4. & 2. *seqq. de æd. edict. l. legatis* 65. §. *antepen. de legat.* 3. *l. boves* 89. *de verb. sign.* Paul. 3. *sent.* 6. Columella quoque boves à Jumentis, equis, asinis, mulis, passim segregat, ut *lib.* 1. *c.* 6. *lib.* 6. *c.* 19. An igitur ei, qui actum habet, non licebit boves agere, & generaliter armenta? Sanè verò. Disertè enim à Modestino scriptum est, actum esse, *ubi armenta trajicere liceat*, *l.* 12. *de serv. præd. rust.* Armentorum autem appellatione vel maximè boves continentur, *d l. boves* 89. *de verb. sign. l. servis legatis* 81. §. *armento* 3. *de leg.* 3. Nec tamen ideo necesse est, ut cum Hotomanno pro *jumentum* reponamus *armentum* contra fidem omnium exemplarium. Nam vel ἐν πλάτει jumenti vox hic accipi potest, ut & boves complectatur, cùm & Isidorus boves inter jumenta referat, *lib.* 12. *c.* 1. & ipse Columella etiam his ex ratione originis nomen jumenti tribuere

re videatur, sic enim scribit *l. 6. cap. 3. Jumenta nomen à re traxerunt, quòd nostrum laborem vel onera subvectando vel arando juvarent.* Jumentum igitur ἀχθοφόρον κτῆνος ἢ ὑποζύγιον. Quid si dicamus, exempli dumtaxat causa jumenti mentionem factam? Ut enim reponas *armentum*, aut retineas *jumentum*, non continebitur verbis definitionis actus ovium, caprarum, & reliquorum minorum pecorum, quibus propriè gregis non armenti aut jumenti appellatio convenit, *d. l. 81. §. armento 4. de legat 3. d. l. 38. §. 4. de æd. edict. l. 1. §. ult. de rei vind.*

4 *Vel vehiculum*) Hic iterum Hotomannus contendit legendum esse, *non etiam vehiculum.* Sed profectò nimis confidenter: non enim hoc tantùm loco, verùm etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri à veteribus traditum est, *d. l. 1. l. 7. l. 12. eod. l. 11. quemad. serv. am.* idemque manifestè colligitur ex *leg. 13. §. 1. de accept.* Nam si non actus, sed viæ proprium esset vehiculum agere; non debuit Jureconsultus liberare eum, qui viam promisit, si stipulator viæ iter & actum tantùm accepto tulerit. At quo argumento convellere conatur, quod tam constanter traditur? Nimirum quia alioqui nulla futura sit inter actum & viam differentia. Sed hoc falsum esse ostendemus in explicatione definitionis viæ. Nihil Hotomannum juvat, quod scribit Pompon. *l. 13. de serv.* Si via concessa sit tam angusti loci demonstratione facta, ut jumentum dumtaxat duci possit, non etiam vehiculum, actum magis, quàm viam, acquisitum videri. Non enim ut via semper & natura sua utrumque jus continet, & jumentum agendi & ducendi vehiculum, ita & actus, sed aliquando illud dumtaxat, non hoc, puta si vel expresse convenerit, ut actus esset sine jure agendi vehiculum, vel tacitè idem actum est, ut in specie, *d. l. 13. de serv.* Atque hoc satis ostendunt verba ipsa hujus definitionis, quibus actui non utrumque conjunctim, sed hoc vel illud disjunctim tribuitur. Itaque & Græci minus plene actum vertunt ἁμαξικὴν ὁδόν. VINN. Rem expedivisse videtur Illustris Corn. van. Bynkershoek *Obs.* IV. 7. ubi docet, intelligi vehiculum quod agi solet, vel propelli, vel manu trahi, id est, currum trusatilem. Quod & spatium quatuor pedum postulat, quibus circumscriptum fuisse actum docet Varro *de L. L.* IV. 4. HEIN.

Uti potest etiam sine jumento) Traditur hoc idem & in *d. l. 1. eod. l. 2. quemad. serv. am.* & verissimum esse docet *l. qui usumfructum 58. de verborum oblig.* Ubi Julianus refert, eum, qui actum stipulatus postea iter stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur. Quod & apud Ulpianum relatum est *l. 9. §. ult. de novat.* Falso, si actus tacitè non contineret etiam jus eundi sine jumento sive iter separatum. Neque tamen hoc ita accipimus, quasi iter separatum sit de essentia ipsius actus, & sine eo actus consistere aut constitui non possit, sed hoc dicimus, & actu constituto regulariter, & ex tacita voluntate & sententia constituentis, etiam iter sine jumento concessum inteligi, *arg. l. non debet 21. l. in eo 110. de reg. jur. c. cui licet eod. in 6.* Atque ideo jus agendi dumtaxat, non etiam eundi, ambulandi, in definitione actus exprimitur. Ad hæc, si actus essentialiter etiam iter contineret, quo utimur sine jumento, nullius momenti esset conventio, ut actus sit sine itinere, contra *l. 4. §. 1. si serv. vind.* Non obstat, quod apud Paulum legimus, actu legato iter frustra adimi, *l. 1. de adim. leg.* Nam ratio subjecta non obscure arguit loqui Jurisconsultum de itinere, quo necessario utimur in ipso actu, cùm jumentum aut vehiculum agimus. Ait enim, ideo iter frustra adimi, quia numquam actus sine itinere esse potest. Sed nec iter videri poterit ea ademptione detractum, quod sine jumento est, quia per se non est legatum; atque ita actus potius in natura sua, & qualis regulariter est, relictus. Planè si testator nominatim hoc iter ademerit, hoc est, expressè vetuerit ire sine jumento; nullus dubitat, quin utilis sit ademptio, *arg. d. l. 4. §. 1. si serv. vind.* Et est in proposito eadem fere ratio itineris & actus, quæ usus & ususfructus: nam etsi fructui usus inest, & ideo legato ususfructu, usus ademptio nulla, *l. 14. §. 1. de us. & hab.* nihil tamen vetat usum à fructu expressè separari, *l. 5. §. 1 ususf. quem cav.* Hinc jam liquet, quid de judicio & usu Ant. Fabri sentiendum, *qui l. 1. conj. c. ult.* verba hæc, *eoque uti potest etiam sine jumento*, tot locis expressa, damnare non veretur, ut emblema imperiti interpretis, consult. Don. 11. *com. 6.* Duar. 1. *disput.* 31. Bachov. *hic & in* Treut. *vol. 1. disp. 17. thes. 4.*

Via est jus eundi, agendi, ambulandi) Via, ut mox subjicitur, iter & actum in se continet, hoc est, ex itinere & actu essentialiter via constituitur *arg. l. 13. §. 1. de accept. l. 9. si serv. vind.* ac proinde quicquid est in definitionibus itineris & actus, id una definitione viæ debuit comprehendi, quod & curiosè ab Ulp. *l. 1. de serv. præd. rust.* & Justinian. hic observatum est. Mirorque adeo viros doctissimos,

mos, Connan. 4. *comm.* 11. & Don. 11. *comm.* 6. pro verbo *eundi* reponentes *vehundi*, motos tantùm vocis definitæ etymologia, quam Varro 4. *de ling.* à *vehendo* deducit, & analogia præcedentium definitionum: nam sic bis idem diceretur, cùm verbum agendi etiam vectionem contineat, *l.* 4. §. 1. *de serv.* Quid igitur amplius est in via quàm in actu? Pri-
6 mum hoc, quòd via etiam iter in se ἐνεργῶς contineat, ita ut sine jure eundi per se via intelligi aut constitui non posſit; in quo specificè differt ab actu, qui potest esse sine itinere separato. Deinde etiam hoc, quòd via nunquam esse potest sine jure ducendi vehiculum, actus potest, *l.* 13. *de servit.* Item quòd qui viam habet, vel iter & actum separatim, vel utrumque simul iter & actum, vel uno verbo viam vindicare potest: qui verò actum habet, non potest neque iter separatim, neque iter & actum conjunctim, sed solummodo actum vindicare. Cujac. 22. *obs.* 35. *fac. l.* 11. §. 6. *de exc. rei jud.* Sunt & aliæ quædam differentiæ, sed minus principales: nam qui viam habet, etiam lapides & tigna trahere, & rectam hastam ferre, modò ne fructus lædat, potest; quod ei, qui actum habet, non licet plerique existimaverunt, *l.* 7. *de serv. præd. rust.* & potest etiam sine his via constitui. Illud omnino ex accidenti est, quòd actus & via aliquando differant latitudine, vid. *l.* 8. *l.* 13. §. 2. *eod.* add. D. Bus. *ad l.* 1. *eod.* Tuld. *comm. hic* 11. Vinn. Nihil verius, quam in definitione viæ pro *eundi* legendum esse *vehundi*. Alias nullum esset inter viam & actum discrimen. Vide sis Viri Summi, Cornel. à Bynkersh. *Obs.* 47. Hein.

Aquæ ductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum) *d. l.* 1. *eod.* Id fieri solet vel canalibus, sive tubis, aut ducto rivo per longitudinem depresso, quo aqua decurrat, *l.* 1. §. 2. *de riv.* Ducitur autem aqua aut publica aut privata. Publicam ducere, puta ex flumine publico, cuique licet: nisi Imperator aut Senatus vetent, aut aqua sit in usu publico, puta si flumen sit navigabile, vel ex eo aliud navigabile fiat, *l.* 2. *de flum. l.* 10 §. *ult. de acq. pluv. arc.* aut si periculum sit, ne exarescat, quamvis navigabile non sit, *d. l.* 1. §. *non autem.* 12. *de flum.* Sed neque ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco, qui aquam publicam suscipit, ducere fas est sine permissu Principis, *l.* 1. §. *permittitur.* 41. & 2. *seq. de aq. quotid.* In concedendo autem jure ducendi aquam privatam, sive fontis, sive fluminis, sive putealem, non tantùm eorum, quorum in loco aqua oritur, verùm eorum etiam, ad quos ejus aquæ usus pertinet, voluntas exquirenda est, id est, eorum quibus servitus æquæ debetur: quippe cùm hic agatur de jure eorum minuendo, quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari, *l.* 8. *de aq. pluv. arc.* junct. *l. ult. C. de auct. præst.* Illud hic generaliter tenendum, neminem posse aquam aut pubicam aut privatam per fundum alienum in suum ducere, cui non sit hæc servitus constituta à domino illius fundi, *l. quemadmodum.* 29. §. 1. *ad leg. Aquil. l.* 2. *Cod. de serv.* neminem quoque posse ex suo aquæ ductu alteri commodare, nisi id nominatim convenerit, *leg. ex meo* 24. *l. cum essent.* 33. §. 1. *de serv. præd. rust.* Item jus hoc ad certum usum prædii concedi oportere: nam si concessum sit ita, ut aqua quocumque duci posſit; non fundi, sed personæ jus erit, *l. pen. eod. l.* 1. §. *præterea* 12. *de aq. quot.* Denique concedi posse ductum aquæ non tantum præsentis & fluentis, sed etiam quærendæ & nondum inventæ, *l. Labeo* 10. *eod. hoc t. l. ult. si serv. vind.* add. Vves. *par. hoc tit. n.* 2. Pet. Greg. 4. *syntagm.* 15. Tulden. *commen. sup. de rer. div. c.* 11. fusè Cæpoll. *de serv. rust. cap.* 4. Christin. *vol.* 5. *decis.* 83.

Textus.

De servitutibus urbanis.

1. *Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ, quæ ædificiis inhærent, ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ, ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat; & ne altius quis tollat ædes suas: ne luminibus vicini officiat.*

Notæ.

1. *Item urbanorum*) Ex Cajo *l.* 3. *P. V.* ubi & aliæ add. *l.* 1. *l.* 3. 4. 15. 16. *eod.*

Onera vicini) Veluti si columna ædium tuarum onus ædium mearum ferati & hic tu, cujus ædes serviunt, columnam reficere debes, *l.* 33. *d. tit. l.* 6. §. 2. *si serv. vind.* qua parte servitus hæc spuria, *l.* 15. §. 1. *de servit.*

Vel non recipiat) Aut meo jure stillicidium non recipio, aut jure servitutis: meo jure, si non lege civitatis cuique permissum obversa in alienum stillicidia habere: jure servitutis, si jure publico cuique permissum stillicidia sua in alienum avertere- Ita melius quàm Cujac.

&

& Pac. Quid differant stillicidium & flumen, disce ex *l. 20. §. 3. & seq. de serv. urb.* Varr. *lib. 4. de lingua, cap. 5.*

COMMENTARIUS.

1 *Verum non esse, quod quidam tradunt, sola ædificia habitandi causa parata urbanorum prædiorum numero censeri.*

2 *Prædia eorumque jura, si non simpliciter, sed cum effectu juris considerentur, numquam loco distingui, sed genere, usu, fine.*

3 *Quid intersit inter servitutem tigni immittendi & oneris ferendi; item inter jus projiciendi, & protegendi?*

4 *Quid stillicidium, quid flumen.*

5 *De servitutibus stillicidiorum & fluminum, tum avertendorum, tum non avertendorum.*

6 *An jus altius tollendi sit aliquando servitus per se.*

7 *Confutatur latè sententia Bachovii contendentis, jus altius tollendi & non tollendi esse unam eamdemque servitutem.*

8 *Plus esse in servitute ne luminibus officiatur, quàm vel in altius non tollendi, vel luminum.*

9 *Cujacii & Duareni opinio de servitute luminum refellitur.*

HOc §. agitur de servitutum prædialium specie altera, prædiorum scilicet urbanorum: & ait Imp. eas esse, quæ ædificiis inhærent, atque inde sic dictas, quia omnia ædificia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt: quod & alibi sæpe traditum, *l. 1. com. præd. l. urbana familia 166. l. urbana prædia 198. de verb. sign.* Nimirum, ut superius obiter monuimus, distinctio hæc prædiorum non à loco sumitur, sed à materia vel
1 genere prædii, *d. l.* Sunt qui à fine sumptam putant, & ea sola ædificia prædiorum urbanorum numero esse, quæ parata sunt habitandi causa; horrea autem, quæ ruri ædificantur ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur, Cæpoll. *de serv. urb. cap. 11. n. 2.* Mynf. Wes. Vult. *hic* Broch. *1. ass. 95.* Sed hoc rectè, meo judicio, quod ad propositam tractationem attinet, improbat Bachovius. Fac enim, alterum ex dominis, qui vicina aut contigua horrea habeant, alteri, cui forte ad grana à paleis repurganda flatu venti opus sit, ut fieri potest, *l. ult. §. 1. C. de serv.* cessisse servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæ servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum an aliud ædificium altius non extollatur? In constituendo; in amittendo omnia eadem, idem juris effectus in oppignerando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut eadem specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est contrarium, quod scribit Neratius *l. 2. de serv. præd. rust.* rustici prædii servitutem esse, *licere altius tollere & officere prætorio vicini.* Nam prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatum ab habitatione villici, ut constat ex Columella *de re rust. lib. 1. c. 6.* & Palladio *lib. 1. cap. 8.* At tale prædium omnes urbanum esse fatentur. Atque ut demus, appellatione prætorii non tantùm villam urbanam, sed aliquando etiam rusticam & fructuariam quoque significari, ut putat D. *Gœd.* eo quòd Ulp. *d. l. 198. de verb. sign.* distinctionis causa, cum prætoria urbanis prædiis adnumerat, videtur addidisse, *voluptati tantùm deservientia*, nemo tamen tam ineptus est, ut putet, Neratium *d. l. 2. de serv. præd. rust.* prætorii appellatione intellexisse villam fructuariam aut horreum, quod utique non est subjectum servituti protegendi, cujus ille ibidem etiam mentionem facit. Cur igitur, inquis, Neratius servitutem prætorio impositam rusticam appellat? Nimirum quia ille arbitrio 2
suo loquitur, non considerato juris effectu. Hoc ut perfectius intelligatur, sciendum, prædia eorumque jura dupliciter considerari posse, vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris, qua consideratione loco numquam distinguuntur. Cùm quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non item in invectis à colono in prædium rusticum, *l. 4. l. 7. §. 1. in quib. cap. pign. tac.* urbana prædia accipimus etiam tabernas, stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis, vel ipso Neratio *teste*, *d. l. 4. §. 1.* aliaque meritoria in villis & vicis. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur, *arg. d. leg. 198. de verb. sign.* Item cùm quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari, *l. 1. de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione Constantini ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l. 22. de adm. tut.*) prædia à fine & usu distinguimus, & rustica quoque intelligimus hortos olitorios, & vinearios, qui in urbe sunt, & villas fundi causa & propter opus rusticum ædificatas: reliqua

qua ædificia, stabula, meritoria, etsi ruri sunt, pro urbanis habentur, ut & horti ædificiorum, unde nihil aut parum reditus, & multo magis area, *d. l.* 198. *de verb. sign.* quo loco orationem illam Severi Ulpianus interpretatus est, Cujac. 7. *obs.* 24. Simili modo de servitutibus, cum simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem ut prædia distingui possunt, at cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignerandis, novo opere eorum nomine nunciando, (vide obiter *l.* 1. *l.* 6. *de serv. præd. urb. l.* 6. *leg.* 7. §. 1. *comm. præd. l.* 11. §. *ult.* & *l. seq. de pign. l.* 5. §. & *bellè* 9. *leg.* 14. *de op. nov. nunc.*) loci ratio nulla habetur: sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ: quæ locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subjectum servitutum rusticarum, nec loca ædificiis vacua subjectum urbanarum; hinc factum est, ut in proposito ædificia omnia, etiam quæ in vilis & vicis sunt sive ad usum urbanum, puta ad habitandum, ad viatores recipiendos, aliumve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas; ad stabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe, & horti ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum accommodata. Hæc nescio an quisquam tam distinctè & lucidè. Vinn. Ita facile intelligitur quod scribit Paulus *l.* 3. *ff. de serv. Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.* In fundo servitutes prædiorum rusticorum *l.* 13. *ff. de serv. præd. rust.* In superficie servitutes prædiorum urbanorum, *l.* 20. *ff. de serv. præd. urb.* Nulla enim servitus prædii rustici utilitatem præstat ædificio, sed fundo: nulla urbana fundo, sed soli ædificio. Interim & ædificia quædam rustica dici posse, si soli usui œconomico destinata sunt, certum, puto, est ex *l.* 198. *ff. de V. S.* & locis Columellæ & Palladii, ab ipso auctore allegatis. Hein.

Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ) Et longè etiam plures: sed harum commemoratio sufficit ad declarandum id quod dixerat, prædiorum urbanorum servitutes esse, quæ ædificiis inhærent. Donellus 11. *comm.* 4. etiam quæ hujus sunt generis, in tres classes partitus est ex triplici earum fine: quædam enim comparatæ sunt ad ædes vicinas dilatandas, ut tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi: quædam ad ædium interiorem commoditatem, veluti altius non tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiatur: quædam denique ad ædes exonerandas, cujusmodi sunt jus cloacæ immittendæ, fumi immittendi, fluminis & stillicidii avertendi in aream alienam. Pretium fuit, digito saltem hoc indicasse.

Ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat tignum immittere) Proponuntur hæ servitutes, ut species diversæ: & sanè differunt gradu: In imponenda servitute tigni immittendi hoc agitur, ut ex nostro pariete liceat tignum, ξύλον ἢ δοκόν, trabem immittere in parietem vicini, ita ut ibi requiescat, & vicini paries sustineat onus immissi, nihil amplius, *l. malum.* 242. §. 1. *de verb. sign.* In servitute autem oneris ferendi hoc amplius est, quòd vicinus columnam, aut parietem, cui oneri ferendo est, reficere tenetur, & idoneum oneri sustinendo præstare, *l. eum.* 33. *de serv. præd. urb.* qua parte servitus hæc degenerat & spuria esse agnoscitur: quippe cùm contra naturam servitutum hoc fit, ut quis cogatur aliquid facere in suo *l.* 15. §. 1. *de servit.* Qua ratione quoque jam olim Gallus putabat, non posse ita servitutem imponi, ut quis & onus ferret, & parietem reficeret. Sed obtinuit Servii sententia contendentis posse, *l.* 6. §. 2. *si serv. vind.* id quod in specie proposita visum est, per consequentiam recipiendum esse jus, quod principaliter agitur. Agitur autem hoc, ut jus sit ædium mearum, onus in parietem vicini immittere; quæ servitus vix consistere potest, nisi paries reficiatur, & idoneus habeatur oneri ferendo. Vinn. Ita fere omnes hanc servitutem vocant *spuriam*, *anomalam*, *irregularem*: nescio an satis bene. Non videtur veteribus dubium fuisse, dominum prædii dominantis ordinariè debere parietem reficere: sed de eo disputarunt, an ejusmodi pactum iniri posset, & dominus prædii servientis reficeret? Negabat Aquilius Gallus, quia esset contra naturam servitutis: sed adfirmabat Servius, cujus sententia prævaluit, ita explicata à Labeone, ut quia non homo, sed res serviat, liceret domino parietem derelinquere, *l.* 6. §. 2. *ff. si serv. vindic.* Servii itaque sententiam non in vniversum statuit, parietem reficiendum esse à domino; sed tunc reficiendum esse, si hujusmodi pactum intercesserit, quale est illud: paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit *l.* 33. *ff. de serv. urb. præd.* Hein. Hujus ejusdem generis est jus projiciendi, *l.* 1. & *l.* 2. *de serv. præd. urb.* videlicet ut liceat ex nostro tignum projicere in aream alienam, hoc est, ita provehere supra solum vicini, ut nus-

nusquam requiescat præterquam in pariete nostro; sive id fiat ædificii supra id projectum ponendi causa, sive tegendi parietis, ut plurimum autem aliquid sustruendi causa, puta meniani aut suggrundæ, *d. l. malum.* 242. §. 1. *de verb. sign.* nam quod tegendi parietis causa ad umbram faciendam emittitur, aut arcendos imbres à pariete, protectum in specie appellatur, *d. l.* 1. *&* 2. *hoc tit.* ita protectum à suggrunda distinguitur in edicto *de his qui dei. vel effud. l.* 5. §. *prætor ait.* 6. Crassus error est eorum, qui servitutem projiciendi interpretantur jus abjiciendi vel effundendi quid in aream alienam, aquam puta, vel quisquilias, Cæpoll. *c.* 32. *de serv. urb.* Nulla enim talis servitus constitui potest, quæ quidem prædii sit, *l. foramen.* 28. *hoc tit.* Atque hunc errorem quoque notat Coras. 3. *misc. ult. num.* 8. *&* 9. Cæterum alium ille enarrat *n. ult.* ubi ne subordinatam quidem differentiam inter projectum & protectum agnoscit.

Ut stillicidium vel flumen quis recipiat, vel non recipiat) Hæ eædem servitutes sunt, quæ dicuntur stillicidiorum & fluminum, *l.* 1. *de*
4 *serv. præd. urb.* Inter stillicidium & flumen hoc interest, quòd stillicidium est, cum aqua pluvia ex tecto stillatim & guttatim cadit, *Drop*; flumen, cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur, *Vaterlooq.* Varo. 4. *de ling. c.* 5. Paul. *l. servitutes* 20. §. 3. *& seqq. de serv. præd. urb.* Itaque stillicidii recipiendi servitus dicitur, qua vicinus ferre cogitur, ut aqua pluvia ex tecto meo in suas ædes cadat; fluminis verò, qua pati cogitur, ut aqua eadem in alveum aut canalem recepta in suas ædes cum impetu feratur; unde hæc quàm illa gravior, & proinde Paul. *d. l. servitus* 20. §. *stillicidium*, 5. ait *stillicidium inferius demitti non posse, ne gravior fiat servitus, & pro stillicidio flumen: altius tolli posse, quia levior eo modo fiat, cùm quod ex alto, lenius cadat & interdum vi venti direptum non perveniat ad locum servientem.* Duplex autem est stillicidii & fluminis servitus, ut ostendit *hic locus* & *l.* 2. *eod.* una avertendi, altera non avertendi stillicidii aut fluminis: quarum illa
5 comparata est ad ædes exonerandas, hæc ad interiorum ædium commoditatem pertinet. Avertendi stillicidii est jus stillicidia nostra derivandi in ædes aut aream vicini, ut vicinus stillicidium nostrum recipere cogatur in ædes suas, vel in aream aut in cloacam, *d. l.* 2. *& hoc text.* Stillicidia non avertendi jus est, quo vicinus stillicidium ædium suarum in aream vel cloacam vicini avertere prohibetur, aut non tenetur vicinus stillicidium vicini in suum recipere. Sané quidem jure communi nemo cogitur stillicidia vicini recipere, licetque nobis jure libertatis rei nostræ vicinum prohibere, ne stillicidia sua in nostrum immittat. Cæterum sicubi constitutio ædificiorum talis est, ut lege aut consuetudine civitatis unicuique permissum sit stillicidia sua obversa habere in alienum, vicinique jure publico ea recipere cogantur; hic si velimus nobis jus esse prohibendi vicinum stillicidia sua in nostrum avertere, necesse est, ut id jus vicinus nobis constituat, suæque rei hanc servitutem imponat: quod quamobrem & quàm rectè dicatur, mox certius intelligetur, cum de servitutibus altius tollendi & non tollendi disputavimus. Similiter servitus fluminis avertendi est jus fluminis immittendi in alienum: non avertendi servitus, qua vicinus flumen, quod alioquì lege vel consuetudine civitatis liceret, avertere in alienum prohibetur. Ita rectè Don. 11. *c.* 5. Bocer. & Tuning. *hic.* Aliis verò servitus stillicidii aut fluminis non avertendi est, quia vicinus avertere cogitur stillicidium, aut flumen ædium suarum in aream vicini, ut aqua in cisternam ejus recipiatur, vel hortum irriget: qua constituta, agi possit cum domino ædium servientium, jus ei non esse stillicidia avertere, atque ut regulas, canalesque aut tubulos, per quos aqua labitur, suis expensis reficiat. Cæpoll. *ca.* 28. *& seq. de serv. urb.* Pet. Greg. 4. *syntagm.* 9. *n.* 7. Sed hoc minus placet: quia non pro commodo, sed pro onere passim habetur, stillicidium aut flumen alienum recipere: & præter naturam servitutum est, ut quis aliquid facere cogatur in suo.

Et ne altius quis tollat ædes suas) Hæc servitus ob eum maximè finem constituitur, ne luminibus vicini altius ædificando officiatur. Nam cùm unicuique jure naturæ in suo quidvis facere liceat, in alienum nihil immittat, *l.* 8. §. *Aristo* 5. *si serv. vind.* eique consequens sit, posse unumquemque in area sua ædificare in infinitum, ædesve antea positas altius tollere, etiamsi vicino incommodet, lumina ejus obscurando, quod & traditum est *leg.* 9. *l.* 14. *l. cujus* 24. *de serv. præd. l.* 8. *C. de serv.* hoc incommodum non aliter vitari potest, quàm si à vicino impetremus, ut hanc suis ædibus servitutem imponat, ne altius tollantur: qua imposita, si nihilominus altius ædificet, jam rectè cum eo agam, jus ei non esse ædes suas altius tollere; quæ intentio est actionis confessoriæ, qua servitus hæc, quæ dicitur altius non tollendi, vindicatur, licet verborum figura videatur negatoria, *l.* 4. §. *ult. si serv. vind.* Creba est hujus servitutis mentio

tio, ut in *l.* 2. *l.* 12. *de serv. præd. urb. d. l.* 4. §. *ult. l.* 7. §. 1. *com. præd.* Hic autem
6 magna oritur difficultas. Nam si cuivis liceat ædes suas extollere, idque naturaliter & jure libertatis rei suæ, ut nulla in eam rem opus sit constitutione servitutis, qui fit, quòd inter servitutes prædiorum numeretur etiam jus altius tollendi? Hoc enim nullam videtur habere rationem: contraria quippe sunt libertas & servitus. Et si non licere altius tollere, servitutis est; licere altius tollere libertatis erit. Et tamen negari non potest, quin Veteres non minus jus altius tollendi quam non tollendi inter servitutes retulerint. Factum id compluribus locis à Paulo *l.* 1. *de serv. præd. urb. l.* 7. §. 2. *comm. præd.* Cajo *l.* 2. *de serv. præd. urb.* Neratio, *l.* 2. *de serv. præd. rust.* Justiniano §. 2. *inf. de act.* Tota verò difficultas in eo est, ut exempla proferantur quibus ostendatur, jus altius tollendi quandoque inter servitutes recte numerari. Etenim huic rei demonstrandæ minimè idonea sunt quæ afferuntur à Glossa, Bart. & DD. *in l.* 2. *de serv. præd. urb.* quæ ipsis prima est: nec item quæ à Gloss. Dyn. Jas. & aliis *ad* §. 2. *inf. de act.* ut videre est in nostra illius loci interpretatione. Neque verum esse puto quod Cujac. Wes. *in d.* §. 2. & Vult. 1. *disc.* 5. contendunt, jure servitutis constitutæ ædes altius tolli, cum antea concesso aut longa quasi possessione quæsito contra vicinum jure altius non tollendi, rursus ei altius tollendi potestas conceditur. Hoc enim casu perinde res in pristinam libertatem redit, ac si pacto servitus remissa esset, ut eodem loco abunde ostendimus. Primus veterum interpp. Jo. Faber in *d.* §. 2. rem vidit, & digito monstravit, præeunte tamen Glossa, *in l. qui luminibus* 11. *de serv. urb. præd.* ut observavit Cæpolla & explicuit *c.* 26. *n.* 2. *de serv. urb.* sed ille longius excurrit, & multa aliena miscet. Rectius & apertius recentiores Zas. Baro. Myns. Donel Fabri vestigiis insistentes, sic rem proponunt, & declarant. Si de potestate ædificandi in suo nihil jure publico cautum sit, jus ædificandi ajunt esse libertatis nostræ, & licere cuivis civi, suo & publico jure quam altissimè ædes suas tollere, etiamsi obscuret vicinas. Si verò alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præscripta est, quam excedere ædificando invito vicino non liceat, hic jus ædificandi hactenus quidem adhuc liberum esse & juris publici, ut si intra definitum altitudinis modum consistatur, adhuc liceat ædificare cum incommodo vicini, *l. qui luminibus* 11. Cæterum si supra eam altitudinem ædes extollere, v. c. ad 5. vel 6. pedes, velimus, quod jam jure publico inviro vicino facere non licet, ut id nobis liceat à vicino impetrandum esse *l. pen.* §. 1. *Cod. de ædif. priv.* eoque concesso, jus altius tollendi vicino servitutem esse, utpote qui jam incipiat pati in suo, quod antea pati jure publico non cogebatur; nobis jus, sed impositium & constitutum à vicino, quod vindicetur hac formula confessoria, *Ajo, mihi jus esse ædes meas altius tollendi invito te d.* §. 2. *inf. de act.* ubi plenius hoc exposui, atque ex Tacito aliisque Auctoribus, & textibus juris nostri demonstravi, etiam in ipsis urbibus in quibus sedes imperii fuit, Romæ scilicet & Constantinopoli, jam olim certum fuisse ædificiorum altitudini præscriptum modum, ut mirum non sit, Jureconsultos ad statum illum respicientes jus altius tollendi inter species servitutum numerare. Adde, quòd certo statu ædificiorum constituto, hæc servitus etiam quæri potest præscriptione, si videlicet quis contra veterem formam longo tempore ædificatum habuerit, & nec vi, nec clam, precario possederit, *l.* 1. *C. de serv.* Poterat hic consisti, nisi nobis negotium facesseret Bachovius, qui in *not. ad.* Treutl. *vol.* 1. *disput.* 17. *thes.* 2. & *in comm. ad hunc* §. 1. & §. 2. *infr. de act.* hanc etiam Neotericorum sententiam penitus explodit contendens, jus altius tollendi & altius non tollendi, non duas, sed unam eamdemque servitutem esse, quæ aut diversa consideratione diversis nominibus appelletur, atque ex parte servitutem sibi asserentis dicatur jus altius non tollendi, ex parte negantis altius tollendi, aut potius jus altius tollendi impropriè servitutum numero adscribi, atque ita appelari tantùm respectu vicini, qui me altius ædificante ipse contra ædificare & luminibus meis officere, jure constituta servitute, non potest. In summa, jus altius tollendi ex catalogo servitutum expungendum esse; & quoties ejus mentio fit, jus contrarium significari, videlicet altius non tollendi. Satis hercule confidenter: videamus quàm verè Cajus 7
l. 2. *de serv. præd. urb.* ex professo species urbanarum servitutum enumerans sic orditur: *Jura prædiorum urbanorum sunt, altius tollendi & officiendi luminibus vicini*; deinde subjungit, *aut non extollendi.* Hic, si Bachovio credimus, Jureconsultus non duo inter se distincta jura significat, sed unum dumtaxat, altius non extollendi, quod solùm sit servitus. Pauli *l.* 7. §. 1. *comm. præd.* hæc verba sunt; *Servitus alienis ædibus imponi potest, ut altius tollere vel non tollere liceat.* Hoc Bachovius sic accipit,

quasi alterum tantùm Paulus expressisset, ut ne liceat altius tollere. Sed profectò si hoc Bachovio concedimus, summæ inscitiæ insimulamus Jureconsultos, qui ex uno jure duo faciunt, atque inter se ut servitutes diversæ speciei tam apertè opponunt. Itaque, ut evidentius demonstremus errores Bachovii, putat ille, jus altius tollendi per se servitutem nunquam esse, sed hoc nomine appellari relatione facta ad vicinum, cujus ædibus imposita sit servitus altius non tollendi; propterea quod hac servitute mihi constituta jus altius tollendi, quod per se quidem semper sit libertatis, sed inutile mihi aliàs reddi vicino contra ædificante poterat, nunc pleniore jure, & effectu consequor. Hoc verò falsum esse ostendunt quotquot sunt loci, in quibus jus altius tollendi inter servitutes numeratur, ut in *l. 2. de serv. præd rust. d. leg. 2. de serv. præd. urb. d. l. 7. §. 1. comm. præd. §. 2. inf. de act. l. 1. Cod. de serv. & aqua.* Quibus omnibus locis palam est, jus altius tollendi non ea ratione servitutem dici, aut ex eo æstimari, quòd alter facere non potest in suo: sed ex eo simpliciter, quòd alterum facientem jure impositio pati cogitur. Hoc enim ipsum, licere altius tollere, & officere luminibus vicini, jus prædii & servitus appellatur: jus respectu ejus, cui id facere liceat, servitus respectu vicini, qui id pati cogitur. Ac proinde si cui hujus juris controversia fiat, licebit ei hoc vindicare hac formula, *Ajo mihi licere ædes meas altius tollere.* Quæ & vi & verbis confessoria est, *d. §. 2. inf. de act.* Idque evidentissimè confirmatur *d. l. 1. C. de servit.* quo loco cùm quæsitum esset, an in eum, qui contra veterem formam ædificasset, ut luminibus vicini officeret, competeret vicino actio negatoria, qua intenderet, jus non esse adversario ædes ita sublatas habere; respondet Imp. competere: sed addit hanc exceptionem, *nisi quis longo tempore ita ædificatum habuerit.* Quippe longi temporis consuetudinem vicem obtinere servitutis. Quòd si igitur jus altius ædificandi contra formam ædificiorum præscriptione quæsitum servitus est, nobisque defendi & actione confessoria vindicari potest; idem quoque jus pactionibus eodem modo constitutum servitus erit, non jus libertatis; eoque nomine confessoria, non negatoria agendum. Miror autem judicium Bachovii, qui his argumentis probari existimat, jus altius tollendi pro jure impositio aut servitute censeri non posse. Primùm quia servitutem non ea natura est, ut aliquis faciat quid in suo, sed ut aut non faciat, aut alium facientem patiatur. Secundò quia omnis servitus efficit, ut prædium serviat: at ædes, quas ex pactione contra usitatum modum tollere licet, nullo modo dici posse servire. Postremò quia servitus omnis onus prædii est, jus dominantis augens, servientis minuens. At concessione juris altius tollendi etiam servienti prædio restitui libertatem. Manifestus enim in his omnibus error est παρὰ τὴν ἄγνοιαν τοῦ ἐλέγχου. Nam non quæritur, an jus altius tollendi contra præscriptum modum sit servitus in eo, cui id jus concessum est; hujus enim respectu jus est, quod servitutem facit; nihil minus quàm servitus; & omnis servitus est in alieno: sed hoc, an non in eo, qui jus hoc alteri constituit, servitus sit: an non ille pati aliquid cogatur in suo, videlicet luminibus suis offici, quod antea pati jure publico non cogebatur: an non ille eo pacto suum prædium servire faciat, jus sui prædii minuat, alterius augeat. Hoc verò est, quod nos asserimus & abunde probasse existimamus. Stet igitur hæc sententia, jus altius tollendi nonnumquam esse jus libertatis nostræ, nonnumquam impositium seu servitutem: activè respectu ejus cui debetur; passivè in eo qui debet. Utrum autem horum sit, ejus rei dijudicationem pendere ex eo, quod cuique jure publico in suo facere ædificando liceat, aut non liceat.

Ne luminibus vicini officiat) His verbis non videtur hoc loco nova demonstrari servitus, sed finis propositæ: est enim hic præcipuus finis servitutis altius non tollendi, ne luminibus nostris officiatur, qui ob id etiam plerumque simul exprimi solet, *l. 2. de serv. urb. l. 2. de serv. rust.* quamquam & alius dari potest, ne scilicet in ædes aut aream nostram prospectus pateat. Porro quod ait, ne luminibus officiat; sic accipiendum est; ne officiat altius ædificando; non etiam ne alio modo, veluti arbore posita, ut quàm minimum recedatur à libertate naturali. Quamobrem hoc plus erit in servitute, ne luminibus officiatur, quàm in illa, ne ædes altius tollantur, *l. 12. l. inter. 15. & 2. seqq. de serv. præd. urb.* A servitute ne luminibus officiatur, parum differre videtur servitus, quæ luminum dicitur: atque ut hæc magis respicit novam luminum constitutionem, ita illa conservationem eorum, quæ jam sunt *l. 4. eod.* Nisi forte dicendum sit in servitute luminum hoc minus esse quàm in altera: quod qui hanc debet, altius ædificare non prohibeatur, aliaque facere, modò tantum luminis vicino relinquat, quantum ad usum diurnum sufficiat: qui autem servitutem debet ne luminibus officiatur, nihil

hil

hil omnino facere possit, quo lumen minuatur, etiamsi vicini ædes luminibus abundent: quæ sententia est Pauli Castr. in *dict. l.* 4. probata à Cæpoll. *cap.* 35. *de serv. urb. arg. d. l. inter* 15. & eodem teste communiter recepta. Aliter Cujac. 1. *obs.* 13. & Duar. 1. *disp.* 33. servitutem luminum accipiunt, nimirum jus luminum nostrorum in alienum immittendorum, quo efficiatur, ut liceat nobis aperto pariete nostro fenestras in eo positas habere luminis excipiendi gratia. Sic enim illi interpretantur, quod Paulus scribit *d. l.* 4. *Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra accipiat.* Verùm hæc sententia impingit in notissimum illud juris principium, *Unumquemque in suo quidvis facere posse, vel cum incommodo alterius, modò in alienum nihil immittat, l.* 8. *§. Arist.* 5. *si serv. vind. l.* 9. *de serv. præd. urb. l.* 8. *C. de serv.*
9 *& acq.* Neque enim in alienum quicquam immittit, qui suum parietem aperit, & in eo fenestram ponit: proinde suo quisque jure facere potest: licèt id vicino molestum sit, nec ad eam rem indiget constitutione servitutis. Verborum autem Pauli, ut vicinus lumina nostra excipiat, non hic sensus est, qui à Cujacio & Duareno his affingitur, sed hic, ut ita excipiat, ne quid contra erigat in suo, quo lumina præcludantur: quod alioqui servitute non constituta suo jure facere posset, *l.* 9. *de serv. præd. urb.* Immo verò, inquiunt, qui fenestram in suo ponit, aliquid immittit in alienum, quod non licet citra constitutionem servitutis; immittit enim oculos. At testimonio Xenocratis, *μηδὲν διαφέρειν ἢ τοὺς πόδας, ἢ τοὺς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι*, auctor Plutarch. *lib. περὶ πολυ πραγμ.* Ego verò judico, hanc objectionem indignam esse tantis viris, nec debuisse eos, quod à Xenocrate figurate dictum est in homines curiosos, qui se ubique contra rationem officii ingerunt: abuti ad demonstranda dogmata disciplinæ juris civilis. Nihil autem in contrarium facit *l. pen. eod.* quia apertè loquitur de pariete communi; in quo constat nihil licere facere invito socio, *l.* 8. *l. quidam* 13. *l. in re* 26. *eod. l. Sabinus* 28. *com. div.* Illud constat, diversam esse à superioribus servitutem prospectu, seu ne prospectui officiatur: nam servitute prospectus hoc continetur, ne quid nobis officiatur ad gratiorem prospectum ac liberum, & cum lumen tantùm sit ex loco superiore, prospectus ex locis inferioribus esse potest, *l.* 3. *l.* 12. *l.* 15. *& seq. de serv. præd. urb.* Sunt qui putant, etiam servitutem prospectus ne diversam gradu à servitute ne prospectui officiatur, distinguendam esse, eadem scilicet ratione & proportione, qua præcedentes luminum, & ne luminibus officiatur. Moribus fere harum regionum aut legibus municipalibus vetamur fenestram facere, unde directò proximè & de plano prospiciatur in aream vicini, præscripto certo spatio, quo distare hujusmodi fenestræ à pavimento vel tabulato debeant.

Textus.

De reliquis servitutibus rusticis.

2. *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari rectè putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

Notæ.

2. *Pecoris ad aquam appulsum*) Jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fundi causa habentur, ad aquam alienam.

Commentarius.

1 *Explicatur & emendatur locus Ulpiani in l. Mela* 14. *§. ult. de alim. legat.*

Docendi ratio postulabat ut huic §. protinus subjiceretur principio hujus tit. dilata tantisper tractatione servitutum urbanarum, cùm à rusticis cœptum esset. Sed hoc tanti non est, ut ob id maledictis impetendus sit Tribonianus, quasi temetum, cùm hæc scriberet, bibisset: nollemque eò proterviæ processisse etiam viros cætera incomparabiles. Verùm age. Ait Imper. inter servitutes rusticorum prædiorum rectè computari aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, &c. Aquæ haustus est jus aquæ hauriendæ ex puteo, vel fonte vicini, ad prædii nostri vel familiæ rusticæ usum & commoditatem. Qui haustum habet, iter quoque ad hauriendum habere videtur, sive ei jus hauriendi & simul adeundi cessum sit, sive hauriendi tantùm. Sed etsi tantùm adeundi ad fontem, placuit inesse & haustum. Cæterum ex flumine publico cùm sine servitute cuivis haurire liceat, haustus frustra conceditur, iter cedi debet, *l.* 3. *§. ult. de serv. præd. rust.* Cæpol. *c.* 7. Pecoris ad aquam appulsus est jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fructuum fundi causa habentur, ad aquam alienam. Utrumque autem hoc jus passim refertur inter servitutes prædiorum rusti-

co-

corum, *l.* 1. §. 1. *leg.* 2. §. 1. *l.* 3. §. *ult.* *l.* 4.
1 *l.* 6. *in fin. de serv. præd. rust.* Cæterum objici solet responsum Ulpiani *l. Mela* 14. §. *ult. de alim. legat.* quo loco aquæ haustus & pecorum ad aquam appulsus dicuntur esse servitutes personarum: sic enim in omnibus codicibus locus iste legitur: *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ: tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Verùm hic locus, si ullus in libris nostris manifestè corruptus est, idque cuivis qui modo proprius eum consideret, facile erit deprehendere. Laborat autem duplici vitio. Primum quia mendosè interpunctus est; deinde quia omissa est negatio in postremis verbis; omninoque ita restituendus est: *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus: personæ tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur*, vel detracta privata, *utiliter.* Nisi etiam ita legamus, *μηδὶς ὀντίς.* Nec sententia loci, nec ratio juris de his servitutibus constabit, nec quicquam in eo loco erit, quod cohæreat. Consulebatur Jureconsultus de fideicommisso, quo aqua relicta erat ei, qui vicinum prædium non habebat; respondet, utile esse fidei commissum, nec obstare, quòd aqua hæc relicta proponebatur non possessori vicini prædii; nam quod personæ relinquitur, ut in proposito aqua, id non vicino quoque rectè relinqui, quantumvis tale sit quod regulariter jus prædii censetur. Argumento esse aquæ haustum & pecoris ad aquam appulsum, quæ cùm natura sua servitutes prædiorum sint, tamen ei, qui vicinus non sit, utiliter constituantur: non ut jura prædii, sed personæ, quod etiam toties actum intelligitur, quoties res gesta est inter duos, qui vicina prædia non habent; qua de re monuimus in explicatione rubricæ sub finem. VINN. Hæ servitutes modò sunt personales, modò prædiales. Personales, si non in usum vicini prædii, sed personæ constituuntur: prædiales, si vicino prædio inserviunt. Id liquidum ex *l.* 4. *ff. de serv. præd. rust.* Hinc tolerari possunt verba Ulpiani in *l.* 10. *ff. de alim. legatis*: *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam est servitus personæ*: pro *tamen* autem legendum videtur *nam nec. Nam nec ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Ita verba præclarè quadrant speciei, quam ibi tractat Ulpianus. HEIN.

Pecoris pascendi) *D. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *pr.* *l.* 4. *eod.* servitus pascui dicitur, *l.* 6. *in fin. eod.* Est autem jus pascendi pecora in fundo alieno. Si plurium commune est, Jus compascui appellatur, *l. pen.* §. 1. *si serv. vind.* Hinc ager compascuus, in quo vicinis jus est communiter pascendi. Fest. in voce *Compascuus.* Cic. *in Top. cap.* 3. *si compascuus est ager, licet compascere.* Cæterum ita pecoris pascendi jus servitus prædii videtur, si fructuum fundi causa pecora habeantur, *d. l.* 4. *eod.* quod ita fit, si sint boves aut jumenta, per quæ fundus colitur, *dict. l.* 3. *in pr.* Semper enim hoc tenendum est, servitutem prædii non posse constitui ultra quàm ad prædium ipsum opus est, *l.* 5. *eod.* Idem tamen dicendum erit, si oves sint, aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, caseum conficiendum, quibus ad victum familiæ rusticæ utamur. Qui servitutem pascui habet, aut pecoris appellendi, ei etiam talis constitui potest, ut tugurium ibi habere liceat, ut si hiems ingruerit, habeat, quò se recipiat, *d. l.* 6. *in fin. eod.* De jure pascendi, latè Cæpoll. *ca.* 9. *de servit. præd. rust.* Schneid. *hic num.* 28. & *seqq.*

Calcis coquendæ, arenæ fodiendæ) *D. l.* 1. §. 1. item lapidis cædendi, cretæ eximendæ, pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumendi, *d. l.* 3. §. 1. & 2. *l.* 5. *l.* 6. *eod.* Omnes autem, quæ hujus generis sunt servitutes, eò pertinent, ut quid ex alieno sumere liceat, quod transferatur ad usum prædii nostri. Eo autem etiam illud contineri intelligitur, quod confertur in familiam rusticam & pecora, *quæ* fundi colendi causa habentur, *d. l.* 3. *in pr.* *l.* 4. *l.* 5. & 6. *eod.* Sed & si quid in alieno facere nobis commodum sit, quod pertineat ad fructus prædii nostri exprimendos meliusve habendos, placet, etiam ejus rei servitutem prædialem rectè constitui; quasi ad prædii utilitatem & hoc pertineat, quod pertinet ad fructus commodè ad usum habendos, quippe quorum causa prædium ipsum habetur. Hujus generis sunt jus præli sive torcularis, ut mihi liceat uvas vineæ meæ aut olivas oliveti exprimere in tuo; jus area tua utendi ad exprimenda frumenta aut legumina; *item ut* fructus in vicini villa cogantur, coactique habeantur, *l.* 14. §. *ult. de alim. leg.* *l.* 3. §. 1. *de serv. præd. rust.*

TEXTUS.

Qui servitutem debere vel acquirere possunt.

3. *Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis consistere non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium, nec quisquam debere, nisi qui prædium habet.*

No-

NOTÆ.

3. *Ideo hæ servitutes*) Ex Ulp. *l.* 1. §. 1. *l.* 6. *comm. præd.*

Nisi qui prædium habet) Nam & à prædiis debentur hæ servitutes, & debentur prædiis. Sed & vicina esse prædia oportet, *l.* 5. §. 1. *P. R. l.* 25. *& seq. P. V.* ut tamen inter medium prædium non officiat, si non impediat usum servitutis, *l.* 7. §. *ult. l. ult. P. R. l.* 1. *P. V. leg.* 7. §. 1. *comm. præd.*

COMMENTARIUS.

AGitur hic de subjecto sive materia servitutum prædialium, id est, de rebus, in quibus consistunt, & à quibus ob eam causam nomen quoque acceperunt. Sunt autem hæ res non omnes, sed immobiles tantùm, sive res soli, quæ uno nomine prædia appellantur. Sive enim rem spectes, quæ servitutem debet, sive id, cui debetur; utrinque prædia esse necesse est: hinc ut sit, cui imponatur servitus, illinc ut sit, cui acquiratur: unum ut serviat, alterum ut dominetur. Quamobrem nemo potest prædio servitutem vel imponere, vel acquirere, nisi qui habeat prædium, hoc est, qui prædii dominus sit, *leg.* 1. §. 1. *l.* 6. *comm. præd. & hoc text.* Domini autem appellatione etiam emphyteutam & superficiarium comprehendimus, tam in persona constituentis quàm acquirentis, *l.* 1. §. *ult. de superfic. l.* 1. §. 1. *si ag. vect.* Cæterum his obstare videtur quod traditur *l.* 10. *de serv. præd. rust. l. si servitus* 23. §. 1. *de serv. præd. urb.* futuro quoque ædificio, seu nondum ædificato servitutem vel imponi vel acquiri posse, siquidem ejus ædificii, quod nondum est, nemo potest dici dominus. Sed facilis responsio est, nimirum hic quoque constitutionem servitutis referri ad prædium, sed servitutis jus esse in suspenso, donec ædificium extruatur, in quo consistat, quasi sub tacita conditione constitutum. Eadem ratione & fidejussor dicitur futuræ obligationi accedere posse, *l.* 6. §. *ult. de fidejuss.* §. 3. *inf. eod.* non quidem hoc effectu, ut antequam reus debeat, fidejussor conveniri possit: sed ut demum fidejussio vim suam exerat, cùm principalis obligatio, cujus illa accessio est, fuerit subsecuta, *l. fidejussor.* 67. *eod. tit.* De vicinitate prædiorum & utilitate dominantis actum est sub rubricis.

TEXTUS.

Quibus modis servitus constituitur.

4. *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam quis testamento hæredem suum damnare, ne alius tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat: vel ut patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve adversus eum habere; vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.*

NOTÆ.

4. *Pactionibus*) Idoneis ad dominium transferendum. Non solis autem pactionibus servitutes nostræ fiunt, *l.* 3. *D. de obl. & act.* sed tunc cùm secuta est traditio naturæ harum rerum conveniens, *l. ult. D. de serv. l.* 1. *in fin. P. R. l.* 11. §. 1. *de publ. in rem act.* Pactiones tituli sunt & causæ acquirendi remotiores: modus acquirendi & causa proxima traditio, §. 40. *supr. de rer. divis. l.* 20. *C. de pact.*

COMMENTARIUS.

1 *Communi prædio ab uno ex dominis neque constitui neque acquiri servitutem posse.*
2 *Non nudis pactionibus, quantumvis ad transferendum comparatis, servitutem acquiri, sed facto aliquo, quod traditionem repræsentet.*
3 *Suprema voluntate servitutem constitui ipso jure.*
4 *Quemadmodum usu & possessione nostra servitus capiatur.*
5 *Explicatur latius, quod de constitutione & acquisitione servitutis dictum est n. 2. & refutatur singularis Bachovii opinio.*
6 *Quibus modis servitutes amittantur.*

FAlso Mynf. & Pac. existimant, hoc loci materiam tradi, ex qua servitutes prædiorum constituantur: conventio enim & ultima voluntas, non materiæ ex qua, sed causæ efficientis rationem habent, cùm sint servitutum constituendarum modi. Est autem insignis hic locus dignusque, in quo explicando plusculum operæ ponatur. Servitus prædii à lege non constituitur: sed potest re exigente à judice constitui in judiciis familiæ erciscundæ, & communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis, unum uni, alterum alteri adjudicante, & unum alteri servum faciente, *l. item Labeo* 22. §. 3. *fam. erc. l. ut fundus* 18. *com. div.* Extra hunc casum à solo prædii domino constituitur. Cæterum & longa quasi possessione nostra acquiritur. De domino jam aliquid dictum §. præc. addo nunc, hoc etiam 1
exigi in constituente, ut sit dominus prædii totius, non pro parte indivisa; communi prædio unum ex dominis ne pro parte quidem

sua

sua servitutem imponere posse, *l. 2. de serv. l. unus 34. de serv. præd. rust.* nisi forte pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, sed suæ parti servitutem imponunt. Quòd si diverso tempore id fiat, novissima cessione superiores confirmantur, *l. 6. §. 1. l. ult. comm. præd. l. 11. de serv. præd. rust.* Benignè quoque propter conventionem receptum est, ut qui ante cessit, vetare me uti jure cesso non possit, *d. l. 11.* Quæ omnia etiam in persona acquirentis servantur: nam nec acquirere quisquam prædio servitutem potest, nisi qui ejus prædii solus sit dominus, *l. 1. §. 1. l. 5. l. 6. in fin. l. 8. comm. præd.* & in pluribus acquirentibus eadem distinctio est, quæ in pluribus constituentibus, *d. l. 6. §. 1. l. ult. eod.* Constituitur à domino servitus duobus modis, conven-
2 tione, & ultima voluntate, *l. 5. de serv. l. potest 16. comm. præd. & hoc text.* In conventionali constitutione duo ad acquirendum servitutem requiruntur: pactio ad transferendum comparata, cujusmodi est stipulatio, emptio, donatio, permutatio, *l. numquam 31. de acquir. rer. dom.* & traditio, seu id, quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium servum, aut usus acquirentis, & domini constituentis patientia, *l. ult. de serv. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 11. §. 1. de Publ. in rem act. per l. 3. in pr. de usuf.* Nam quemadmodum pactionis nudæ non ea vis est, ut rem corporalem nostram faciat, *l. traditionibus 20. C. de pact.* ita nec per se sufficit ad acquirendam servitutem, *l. 3. de obl. & act. d. leg. 11. de Publ. in rem act.* Olim hic frequens erat cessio, *l. nemo 39. de serv. præd. urb. l. 3. §. 2. & 3. l. 11. per quem 14. de serv. præd. rust. l. ult. com. præd.* & videtur ea necessaria fuisse in constitutione servitutum; quæ in eo consistunt, ut dominus aliquid non faciat in suo; puta ne ædes altius tollat; ne luminibus vicini aut prospectui officiat. Nam ejusmodi jura quomodo per usum & patientiam constitui possint, non video: aut sanè inductio in prædium hic etiam fuit. Suprema
3 voluntate servitus constituitur, cùm ea alicui testamento legatur, *tit. de serv. leg.* in qua constitutione nihil præter voluntatem defuncti consideratur ad acquirendam servitutem, sed statim ei, cui legata est, absque ulla cessione aut traditione hæredis acquiritur, *l. ult. d. t. l. si partem 19. §. 1. quem. serv. am.* Neque distinguimus amplius inter servitutem legatam per vindicationem, & legatam per damnationem, vid. *notata §. 1. tit. seq.* Modus per usum ac
4 possessionem nostram servitutem capiendi duplex. Unus communis cum usucapione rerum corporalium, si quis eam à non domino, quem dominum existimabat, constitutam per tempus legitimum continenter possederit, *l. ult. in fin. C. de præscr. long. temp.* Alter servitutum proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id est domino prædii servientis sciente & patiente, per continuum definiti temporis spatium servitute usi sumus *l. 10. si serv. vind. l. 1. in fin. de aq. pluv. arc. l. 1. & l. 2. C. hoc tit.* ut hìc scientia & patientia domini loco tituli aut boni initii & traditionis sint possidenti, & longi temporis consuetudo vicem servitutis obtineat. In priore specie titulus necessarius est, uti semper cum initium possessionis est à non domino, *infr. de usuc. in pr.* sed tunc dominum nihil juvat ignorantia, *d. l. ult. C. de præscr. long. temp.* In posteriore scientiam exigimus, titulum non item, alioqui tradita statim sine usucapione acquireretur. Sententia communis, à qua frustra recedit D. Duar. 1. *disp.* 34. add. D. Christin. *vol. 3. decis. 177. n. 4. & 5.* & nostra *lib. 1. select. quæst. cap. 31.*

Pactionibus & stipulationibus) His verbis putandum non est, à constitutione servitutum excludi traditionem: sed eodem modo ac sensu hìc accipienda sunt, quo accipi constat, cùm ususfructus similiter dicitur pactionibus & stipulationibus constitui, *§. 1. tit. seq.* nimirum non ut significetur id quod in constituendo extremum est, & excludatur traditio: sed ut monstrentur media & viæ, per quas hæc jura inducuntur. Extremum est, quo constituta servitus acquiritur. Id verò non est pactio aut stipulatio, sed traditio servitutis ex pactione præcedente. Pactiones tituli sunt, non modi acquirendi, *§. per traditionem 40. sup. de rer. div.* Cæterum quia traditio nihil transfert, nisi præcedat idonea conventio, sive causa propter quam traditio secuta sit, *l. numquam 31. de acq. rer. dom.* ideo pactionum & stipulationum meminit ut causarum acquirendi, & in constitutione servitutis traditionem necessario præcedentium, non ut traditionem removeat. Quemadmodum ex contrario cùm dominia rerum traditionibus acquiri dicuntur, *l. traditionibus 20. l. de pact.* non propterea removentur tituli sive causæ acquirendi remotiores, sed extremum in acquirendo significatur, id est, modus acquirendi & causa proxima, uti & cum ususfructus & servitutes dicuntur constitui per traditionem vel patientiam, *l. 11. §. 1. de Publ. in rem act. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 3. de usufr.* Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video, D. Bathovium in ea esse hæresi ut existimet, nudis pactionibus &

pro-

promissionibus solis servitutes prædiales plenè perfectèque constitui, atque acquiri citra ullam traditionem aut cessionem: ac proinde etiam statim ut in conventionem deductæ sunt, actionem in rem competere. Quo quidem ergo nihil unquam audivi, quod à ratione & auctoritate juris magis abhorreat. In toto enim jure modi acquirendarum obligationum distinguuntur à modis acquirendi res in obligationem deductas, sive corpora sint, sive servitutes. Modi, quibus obligatio quæritur, sunt contractus & conventiones; quibus dominium rei in obligationem deductæ, traditiones, & in rebus incorporalibus ea facta, quæ traditionem diximus repræsentare. Si igitur stipulanti mihi viam aut iter promiseris, ex hac conventione non acquiritur mihi jus eundi aut agendi, quod actione in rem confessoria vindicare possim, sed obligatio dumtaxat & actio personalis ex stipulatu, qua intendam, *te mihi viam aut iter dare oportere*, *l. 2. §. 1. & 2. de verb. obl. l. si unus 19. de serv. præd. rust.* Tunc demum dominium servitutis nanciscor & actionem in rem, cum conventionem secuta est traditio naturæ rerum incorporalium conveniens, *l. ult. de serv. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 11. §. 1. de Publ. in rem act. l. 3. de usufr.* Denique definitio tradita, *leg. 20. C. de pact.* traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferri, generalis est, nec minus ad servitutum, quàm rerum corporalium acquisitionem pertinet, *l. 3. de obl. & act.* quo loco disertè de servitute idem quod de corpore Jurisconsultus definit, eam quæsita nobis ex contractu obligatione nostram non fieri, sed tantùm debitorem obstringi ad eam nobis dandam aut præstandam. Quid ergo est, quod Bachovium moverit in contrarium? Primùm, quod hic ait Justinianus, pactionibus & stipulationibus servitutes constitui. At idem de usufructu quoque dicitur, §. *1. tit. seq.* ad cujus tamen constitutionem fatetur Bachovius traditionem aut patientiam esse necessariam. Deinde quia Papinian. *l. 4. de serv.* scribit, servitutes ipso jure, neque ex tempore, neque sub conditione constitui posse: cæterum si hæc adjiciantur, vindicantem contra placita servitutem pacti vel doli exceptione repelli. Quasi ex eo necessario sequeretur, servitutem per solam promissionem constitui, & perinde sit, ac si Jurisconsultus dixisset, servitutem neque ex tempore, neque sub conditione promitti posse. Vitiosa planè collectio, & falsa quæ sequitur propositio. Aliud enim est promittere, aliud constituere servitutem. Qui promittit, actu nihil juris in rem alteri constituit, nihil dat, sed obligat se, ut det. Nec potest ulla excogitari ratio, cur minus servitutes quàm res cæteræ ex die aut sub conditione rectè promittantur, ut neque ante diem peti possint, neque antequam conditio extiterit, debeantur. Quæ vis est harum adjectionum, *§. 2. inf. de verbor. obligat. l. cedere diem 213. de verb. signif. l. existimo 98. de verbor. obligat.* At constituere servitutem est actu eam imponere, & efficere, ut jam sit quæsita prædio, *§. præc. l. 1. §. 1. comm. præd.* Quid verò Papinianus? Non ait, servitutem ex die aut sub conditione promitti non posse, sed non posse ipso jure constitui ex die aut sub conditione; id est, ut rectè Joan. apud Accurs. sic constitui, ut statim sit constituta & prædio acquisita, sed adjecta die aut conditione, in quæ usus servitutis, & vindicatio differatur. Quod certa ratione juris efficitur; nam cum servitus semel prædio acquisita est, fieri non potest, quin à domino prædii jure vindicetur, *l. 1. si serv. vind.* Cæterum ex æquitate juris prætorii est, quod placitum ope exceptionis servetur. Fefellit Bachovium, quod putavit, si quid præter pactionem aut promissionem ad constituendam servitutem desiderari possit, id esse solùm usum ejus, cui constituitur, & patientiam constituentis: quibus sanè in specie à Papiniano proposita locus esse non potest, cùm sine contradictoria, usu servitutem constitui, & usum servitutis differri. Sed nos jam ante ostendimus, etiam aliis modis ad conventionem accedentibus servitutem posse constitui & prædio acquiri, per inductionem scilicet in fundum servum, & cessionem: qua cùm Veteres fere semper usi sint in constituendis servitutibus, hoc ipsum satis argumenti est, sola conventione constitui & imponi non potuisse, add. Connan. 4. com. 8. Don. 11. com. 10. Paul. Bus. *ad d. l. 4.*

Hæredem suum damnare, ne altius tollat, &c. vel ut patiatur, &c.) Hæc descripta sunt ex Cajo, *l. potest 16. com. præd.* Legati damnationis meminit, non quod servitus per vindicationem legari nequeat; contrarium enim docet *tit. de serv. leg.* sed aut exempli causa, aut quia servitutes omnes per damnationem legari possunt, per vindicationem non item: neque enim quæ in non faciendo positæ sint, per vindicationem legari posse videntur, veluti ne hæres altius ædes tollat, ne luminibus vicini officiat. His autem verbis, *ne tollat, ut patiatur*, expressit naturam & substantiam servitutum, quæ duarum harum rerum consistit in altera, vel ut dominus aliquid in suo non faciat, vel ut aliquid in suo fieri patiatur, *l.* quo-

quoties 15. §. 1. *de serv.* de quo dictum sub *rub.* VINN. Rectè suspicatus est Vinnius noster, servitutes omnes legari potuisse per damnationem: non omnes per vindicationem; sed fallitur: dum hanc differentiam quærit in distinctione servitutum adfirmativarum & negativarum, quum eam facilius reperire potuisset in servitutum prædiorum rusticorum & urbanorum discrimine. Per damnationem omnes res legari poterant, etiam quæ non erant testatoris: per vindicationem non nisi eæ, quæ ex jure Quiritium testatoris fuerant. Ulpian. *Fragm. tit.* 24. §. 7. 8. Jure Quiritium habebantur res mancipi. Et tales erant solæ servitutes prædiorum rusticorum, non item urbanorum. Ulp. *Fragm. tit.* 19. §. 1. poterant ergo hæ solæ per vindicationem legari. HEIN. Rectè fecisset Tribonianus, si hìc aliquid subjecisset de amisione servitutum, juxta præscriptum *l. ult. de legib.* quod observavit in usufructu *tit. seq.* & passim in hoc libello. Suppleamus ergo quod hìc deest. Amittitur servitus primùm, soluto jure auctoris, verbi gratia, si rei sub conditione legatæ imposita sit, & conditio extiterit, *l.* 11. §. 1. *quemad. serv. am. l. si fundus* 105. *de cond. & dem.* Item si prædio emphyteutico aut beneficiario imposita sit ab emphyteuta aut vasallo, & quo casu hæc prædia ad dominum redeant, *c.* 1. §. *quid ergo de invest. de re al. fact. in usib. Feud.* quippe resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, ut notatur in *l. lege* 31. *de pign.* Amittitur secundò remissione, tum aperta *l.* 14. §. 1. *de serv.* tum tacita, puta si permisero domino fundi servientis in loco serviente id facere, quo servitus impediatur, *l.* 8. *quem serv. am.* Tertiò amittitur confusione, cum prædia confusa sunt, sive cùm idem utriusque prædii dominus esse cœperit, *l. si quis* 30. *de serv. præd. urb.* Quòd si partem tantum prædii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, placet servitutem non confundi *l. una* 18. *l.* 1. *verf. via, l.* 23. §. *ult. de serv. præd. rust.* Vves. *par. de serv. n.* 9. Cantiunc. *hic.* Sed & si cùm mihi per plurium fundos servitus deberetur, unum tantum atque alterum, non omnes acquisiero, servitus præ cæteros retinetur, *l. si cum* 15. *quem serv. am.* Postremò finitur etiam non utendo; si videlicet nemo servitute usus sit, neque is cui debetur, neque possessor prædii dominantis, amicusve aut hospes, &c. *l. usu* 20. *eod.* aut si quis loco quidem usus sit, sed non jure servitutis; aut jure quidem servitutis, sed non servitute constituta, *l.* 10. *& seq. l. si quis* 18. *l. ult. eod.* cæterum ita, si nemo usus sit per constitutum continuum tempus, *l.* 7. *eod. l.* 6. *de serv. præd. urb.* quod tempus est decem vel viginti annorum, *l.* 13. *C. de serv.* Enimverò si servitutis usus continuum aut quotidianum tempus non habeat, forte quia alternis annis aut mensibus constituta est, duplicato constituto tempore non utendo amittitur, *d. l.* 7. id est, adversus præsentes 20. annis, adversus absentes 40. Idemque & in longioribus intervallis pro ratione & facultate utendi statuendum. Quicumque verò aut nostro aut prædii nomine usus sit, possessor mercenarius, hospes, amicus, colonus, fructuarius, retinebimus servitutem, *d. l. usu* 20. *& 4. seq. quem serv. am.* Ad urbanarum servitutum amisionem etiam aliud præterea requiritur: has enim placet non aliter perire non utendo, quàm si vicinus simul libertatem ædium suarum usuceperit, veluti in servitute altius non tollendi, si per statum tempus altius sublatum habuerit ædificium, & insuper ipse per idem tempus ædes possederit, *d. l.* 6. *de serv. præd. urb.* Hoc ita tam variè, quia cum rusticarum usus positus sit in solo exercitio & facto ejus, cui debentur; solum quoque ejus non usum placet sufficere ad amittendam tempore servitutem. Contra urbanæ quia nihil exercitii habent, sed in sola ejus, qui debet, patientia consistunt, non utendo amitti nequeunt; ideoque non sufficit, sublatum esse opus, quod servitutis retinendæ causa habebatur, nisi simul is qui servit, hac occasione utens ad libertatem rei suæ usurpandam, aliquid contra servitutem moliatur in suo ut eleganter D. Connan. 4. *comm.* 12.

TITULUS QUARTUS.
DE USUFRUCTU.

D. Lib. 7. *Tit.* 1. *C. Lib.* 3. *Tit.* 33.

Continuatio. Variæ servitutum personalium species: summa eorum, quæ hoc tit. tractantur.

HActenus de servitutibus rerum sive prædiorum: sequuntur servitutes personarum sic dictæ, quia sunt jura personæ in aliena re constituta: siquidem ex re, cui servitus debetur, distinctio ista servitutum petita est, ut ostendimus initio tit. præc. Species servitu-

tutum personalium multæ sunt & variæ. Etenim sciendum est, etiam jura, quæ natura sua realia sunt, ita constitui posse, ut ex ea constitutione personæ tantùm acquisita esse intelligantur, veluti si in constituenda persona demonstrata sit cui soli ea præstentur, *l. 4. de serv. præd. rust. l. Mela 14. §. ult. de alim. leg.* vel si constituta sint ei, qui prædium non habet, aut non habet vicinum. Sed & servitus personæ constitui potest, ut pomum decerpere, ut spatiari, ut cœnare in alieno liceat; quamquam prædiis non prodest, per *l. quoties 15. in fin. de serv. l. 5. §. & belle 9. de op. nov. nunt. l. 1. §. præterea 12. & l. 3. pr. de aqua quotid. d. l. Mela 14. in fin. de alim. leg.* Coras. Duar. Costal. *ad l. 8. de serv.* Hotom. 8. *obs.* 20. Cyn. *ad rubr. C. de usufr. post* Pet. & Hugolin. Glossatores, utut D. Cujac. 24. *obs.* 22. id neget, & ejusmodi pactionibus non servitutem aliquam constitui & acquiri, accedente licèt patientia constituentis, sed nudam ac simplicem obligationem, ut patiaris me in tuo ea facere, asserat, secutus *Gloss.* Bart. Castr. *in d. l. 8. de serv.* Cæterum hæ & similes servitutes personales innominatæ sunt & irregulares: nisi eas ad usum referas ad certum modum constitutum, cum D. Donell. 11. *comm.* 1. Nominatarum autem & vulgarium tres dumtaxat species sunt, ususfructus, usus & habitatio. Operæ enim servorum vix est, ut servitutibus adnumerari possint: tum quia non ex persona ejus, cui debentur, sed ex persona operarii æstimantur, hoc est, ex persona ejus, qui eas præstat, aut stant, aut intereunt, *l. 2. de oper. serv. l. 2. de usufr. leg.* quod & nomen operarum satis ostendit: tum quia non juris sunt, ut vindicari possint, sed totæ in actu & ministerio hominis consistunt, *l. 1. d. t. de op. serv.* Hotom. *illust. qu.* 41. Cujac. 7. *ad African. ad l. quæsitum 37. hoc tit. de usufr.* Cæterum in plerisque usum vel usumfructum imitantur, *l. 3. 4. 5. de op. serv. l. 2. de usufr. leg. l. 5. §. ult. usufr. quem. cav.* Ex tribus autem istis, quas dixi, princeps species est ususfructus: deque eo solo hoc titulo agitur; de usu & habitatione *tit. seq.* Quatuor autem hic ordine exequitur Imp. Primùm docet, quid sit ususfructus, deinde quibus modis constituatur: tum quibus in rebus consistat; postremò quibus modis finiatur.

TEXTUS.

Definitio ususfructus.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est autem jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est.

NOTÆ.

Alienis rebus) Hoc commune est omnium servitutum; nemini enim res sua servit, *l. 5. pr. si us. pet. l. 26. P. V.* Habet quidem & dominus jus utendi re sua, sed non separatum à jure dominico.

Quo sublato) Vel ita mutato, ut in alienam speciem & nomen transierit, *leg. 5. §. 2. 3. & ll. seqq. quib. mod. us. am.* Sumpta hæc ex *l. 1. & 2. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid in definitione proposita verbo juris significetur?*
2 *Quid fructuario tribuat tum jus utendi, tum jus fruendi?*
3 *Quid juris sit, si fructuarius nondum perceptis fructibus, aut mercede locationis nondum soluta, decesserit, remissivè?*
4 *Colonum, creditorem ἀντιχρήσεως, legatarium proventus annui jus ad rem tantùm, non in re habere.*
5 *Usumfructum formalem semper esse in re aliena, & quo sensu dicatur in multis pars esse dominii.*
6 *Neque maritum, neque hæredem fiduciarium, neque emphyteutam definitione contineri.*
7 *Quid his verbis definitionis, salva rerum substantia, indicetur?*
8 *In fructu non esse, quod non percipitur ex eo usu, ad quem res parata est.*
9 *Cautionem fructuariam à testatore remitti non posse, ab hærede posse: & quid si fructuarius propter inopiam fidejussorem invenire non possit.*
10 *Quid sibi velit, quod dicitur, sublato corpore usumfructum tolli?*

JUs *alienis rebus utendi fruendi, &c.*) Ex Paulo *l. 1. hoc tit.* Ait, *est jus.* Hoc sic nonnulli accipiunt, quasi dixisset, est servitus personalis, ut definitio contineat genus proximum definiti. Sed parum consideratè. Etenim inconcinna & inepta est ista locutio si dixero, usumfructum esse servitutem utendi fruendi re aliena: quippe cùm servitus sit in serviente, uti autem & frui ejus sit, cui servitus debetur, & actio servituti contraria. Jus vim agendi, servitus patiendi significationem habet. Animadvertere debuerant, servitutes omnes jura dici & definiri solere respectu ejus, 1

 cui

cui constitutæ sunt tanquam personæ primariæ in hoc jure; atque eodem respectu etiam usumfructum definiri, habita scilicet relatione ad fructuarium. Verbum quoque juris adjungi verbo faciendi, quod cum sit in usu perpetuo juris & omnium Latinè loquentium facultatem & potestatem eo vocabulo significari. Nec metuendum est, ne hac significatione admissa, definitio non reciprocetur cum re definita; nam potestatem hanc, sive jus, sequentia definitionis verba sic temperant, ut jura affinia satis hinc removeantur, & porro ex locis, ubi hæc definitio traditur, serieque tractationis, sponte intelligitur, subaudiri oportere, jus hoc ex constituta servitute competere, & personæ fructuarii cohærere.

Utendi fruendi) Forma & finis. Duo autem hæc fere conjungi solent, *uti frui*, licèt fructui usus insit, nec intersit, fructus an ususfructus legetur, *l. per servum* 14. §. 1. *de usu & hab. l. antepen. de usufr. leg.* nisi corpus, non jus demonstrare volumus, *l. vacca* 43. *de evict.* His autem verbis à fructuario removetur jus omne in rem, præter usum & fruitionem, rei fructuariæ alienatio, mancipiorum
2 manumissio, proprietatis oppignaratio, *l.6. l.9. C. hoc tit.* Jus utendi hoc tribuit fructuario, ut rem fructuariam tractare & exercere possit ad usum & commoditatem suam, ut tamen id faciat secundùm rei conditionem, eamque exerceat ad eum usum, ad quem natura aut patrisfam. instituto parata est. Etenim ædibus aut ædibus utendum ad inhabitandum, fundo ad fructum capiendum, servis ad operas, vestimentis ad induendum, cæteris rebus secundùm suam naturam, extra quam qui utitur, abutitur: quod latius explicatur *l.* 13. §. *ult. l.* 15. §. 1. *& seq. eod.* Jus fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere possit, & percipiendo sibi acquirat, non naturales tantùm, qui ex re fructuaria proveniunt, sive sponte, sive opera fructuarii; verùm etiam civiles, qui per causam rei obveniunt, puta pretium venditionis, vecturas, mercedes locationis, &c. In summa, omnis reditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel ex ipso corpore sive re fructuaria, vel occasione ejus percipitur, fructuarium sequitur, *l.* 7. *l.9. l. arbores* 59. §.7. *hoc tit. l.* 14. *quib. mod. us. am. l. qui scit* 25. *l. in pecudum* 28. *de usufr.* Atque hinc rectè colligunt DD. usufructu castri sive jurisdictionis concesso, posse usufructuarium antiquas investituras renovare: Menoch. *lib.* 1. *conf.* 66. ad eum pertinere mulctas & pœnas pecuniarias, emolumenta sigilli officialium: Sceneid. *ad* §. 2. *hoc tit.* Joan. del Castill. *tract. de usufr. cap.* 46. *num.* 29. post Bart. Jas. & alios antiquos, legato usufructu universitatis bonorum, cui jus patronatus annexum sit, jus præsentandi fructuario competere, Menoch. *d. conf.* Castill. *d. cap.* 26. *num.* 35. ad fructuarium proprietatis pertinere non tantùm canonem annuum, sed etiam, si stante usufructu res emphyteutica alienata sit, laudemium, Clar. §. *emphyteusis qu.* 23. *num.* 5. Chass. *ad consuet. Burg. rubr.* 4. §. 6. *n.*1. Castill. *d. cap. num.* 45. Et secundùm hos ipse aliquando ex facto consultus respondi, miratus Bachovium, qui hoc axioma damnat ut impossibile, ut dictu & auditu absurdum, *not. ad* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 16. *thes.* 11. Sed & apud nos à supremo Senatu judicatum est, bonorum omnium usufructu legato, etiam reditus vitalitios tamquam fructus lucro fructuarii cedere debere, teste D. Jacobo Coreno. *obser.ver.à supr. Sen. jud.* 7. Cæterum quod alibi dictum, hoc loco 3
repetendum est, fructuarii non aliter fructus fieri, quàm ipse eos perceperit aut alius ejus nomine: & ideò si maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit, hæredem ejus in iis, qui terra tenentur, nihil juris habere, §. *is verò* 26. *sup. de rer. div. l.*13. *quib. mod. us. am. l.* 8. *de ann. l.* An verò idem & in civilibus fructibus, puta usuris; mercedibus locationis, obtinere debeat, ut scil. fructuario ante diem quo solvi debeant mortuo, nihil ad hæredem ejus pertineat; an pro rata temporis, quo ususfructus stetit, inter hæredem ejus & proprietarium dividi debeant, dixi sub *d.* §. *is verò* 26. De commodis quæ fructuarium sequuntur, qui plura nosse desiderat, adeat Don. 19. *comm.* 7. *&* 8. Castill. *cap.* 36. *&* 37. *tract. de usufr.* Habet & colonus, & creditor 4
ἀντιχρηστής, facultatem utendi fruendi re aliena: cæterum illi jus tantùm habent ad rem & in personam locatoris aut debitoris, hoc est, locatorem & debitorem ex contractu tantùm sibi obligatos habent ad hoc, ut præstent uti frui licere; unde & iis actio eo nomine in personam dumtaxat competit, colono, ex conducto, *l.* 15. *locat.* creditori, in factum, *l.*11. §. 1. *de pign.* jus autem in rem, & quod proprium eorum dici possit, de quo hic quæri constat, nullum habent: quippe quod non acquiritur, nisi traditum ex justa causa, ex qua dominium transferretur, cujusque tuendi & obtinendi causa ad exemplum dominii vindicatio seu confessoria in rem actio prodita est, §. 2. *infr. de act.* Eadem & de legatario proventus annui dici possunt. Sed & hic ipse non fruitur, sed per manus hæredis reditum accipit,

pit, *l. fundi* 38. *de usufr. leg. l. liberto* 21. *pr. de ann. leg.* Hotom. 1. *illust.* 24. Castill. *de tr. cap.* 4. & 5.

Rebus alienis) Materia. Estque hoc commune omnium servitutum, ut sint in alieno: neque enim res sua ulli servit, *l. in re.* 26. *de serv. præd. urb. l.* 5. *si ususfr. pet.* Recte, inquis: at non ideo recta definitio, cùm non omnis ususfructus servitus sit, & in re aliena. Duo enim, inquies, sunt genera ususfructus. Est quidam separatus à proprietate, quem quòd per se consistat, & formam propriam habeat separatam à proprietate, formalem Glossa & DD. vocant: est & alius conjunctus cum proprietate, qui, quia competit ex causa proprietatis, causalis vulgo appellatur. Quæ genera indicantur in *l. si cum argumentum.* 21. §. *de exc. rei jud. l.* 5. *si ususfr. pet. l. qui usufr.* 58. *l. si ita.* 126. §. 1. *de verb. obl.* Illum quidem dices habere eum, qui dominus non est, in re aliena: hunc autem habere dominum in re sua; ac proinde non posse non vitiosam esse definitionem, quæ minus contineat, quam definitum, videlicet alterum genus dumtaxat,
5 usumfructum formalem. Hæc objectio ne quem moveat, observandum est, verbo ususfructus simpliciter aut absolutè enunciatio, in toto fere jure, & maximè in quæstione & tractatione de servitutibus, eum solùm intelligi, qui à proprietate separatus est, non eum, qui alicujus est jure proprietatis; formalem, non causalem; eum, qui servitus est, non qui pars est juris dominici; quemadmodum appellationibus itineris, actus, viæ, aquæductus, tunc solùm in jure utimur, cùm ista per se habentur sine jure proprietatis: atque ex hoc usu definitionem ita conceptam esse, ut formali tantùm conveniat, qui ut solus servitus est, ita & in aliena solus habetur. Neque vetus ista & magistralis distinctio ususfructus in formalem & causalem vera est & genuina generis in species divisio, neque pro ea à DD. venditatur: sed potius distinctio nominis πολυσήμου in sua significata. vid. Wes. *par. hoc tit. n.* 4. Castill. *d. tract. cap.* 1. *num.* 16. Pinel. *in l.* 1. *C. de bon. mat. part.* 1. *nu.* 10. Gomes. 2. *res.* 15. *nu.* 2. & 3. Quòd si porro quis urgeat, & usumfructum etiam separatum in re fructuarii esse contendat, quia pars dominii dicitur, *l.* 4. *hoc tit.* in promptu responsio est; partem dici, non quòd revera pars sit, cum sit servitus, *l. rectè.* 25. *de verb. sign.* sed quia in multis casibus, quos exprimit Paul. *d. l.* 4. vice partis fungitur, eodemque jure, quo dominium censetur, propter emolumentum, quod continet, *l. Mavius.* 66. §. *fundo.* 6. *de legat.* 2. & nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem cæterarum servitutum, quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eò pertinet; quòd venditione bonorum etiam usumfructum venire Ulp. scribit, quia appellatione domini fructuarius quoque contineatur, sententia scilicet edicti, *l.* 8. *pr. de reb. auct. jud. poss.* quòd fructuario de damno infecto caveatur, *l.* 13. §. *superficiarum.* 8. *de damn. inf.* quòd ad eum pertineat interdictum unde vi, *l.* 3. §. *unde vi interdictum.* 13. *de vi & vi arm.* quòd ususfructus pro parte divisa vel indivisa constitui potest, *l.* 5. *hoc tit.* Sensit hoc Gloss. *in d. l.* 4. Latius explicuit D. Connan. 4. *comm.* 6. Postremò ut demus, usufructuarium respectu juris, quod habet, verè dominum dici posse, semper tamen in re aliena jus suum exercet. Quamobrem neque maritus, neque hæres fiduciarius, 6
neque emphyteuta definitione continentur: quippe quorum omnium res ipsa propria est; quaque illi utuntur jure dominii, quod habent, non jure ususfructus à dominio separati. Maritum verum esse dotis dominum quamdiu constat matrimonium, infinitis locis traditum est, *infr. quib. alien. lic. in pr. l. si prædium.* 13. §. 2. *de fundo. dot. l.* 7. *si res.* 3. *de jur. dot. l. si prædium,* 23. *C. eod.* Hinc & rei dotalis vindicatio marito tributa, *l. docet.* 9. *C. de rei vind.* & mobilium quoque alienatio, *l.* 3. §. 2. *de suis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. auth. sive à me* §. 1. *C. ad sen. Vell.* Hæres quoque, qui rogatus est aliquid ex die aut post mortem suam restituere, interim ejus rei dominus est, non fructuarius, *l. species.* 15. *de aur. arg. l.* tantùm, quia cedente die fideicommissi restituenda est, ideo de ea tamquam aliena nonnunquam juris conditores loquuntur, ut Justinian. *l. ult.* §. *sed quia* 2. *C. comm. de legat.* sicut & de re dotali, quia & maritus temporale dominium habet, soluto matrimonio ad mulierem reversurum, *l.* 7. §. *si fundum.* 12. *in fin. sol. matr. l. in rebus.* 30. *C. de jur. dot.* De emphyteuta major potest esse dubitatio propter dominium directum, quod alius habet. Sed hoc non obstat, quominus & proprietas quædam in re emphyteutica ratione emphyteutæ considerari possit, ut & potest in re feudali respectu vasalli, 2. *feud. titul.* 43. & argumento est, quòd emphyteuta potest uni seorsum usumfructum rei emphyteuticæ legare, alteri deducto eo proprietatem, *l.* 1. *pr. quib. mod. us. am.* Joan. del Castill. *tract. de usufr. cap.* 39. *nu.* 10. & 11. Quid quod emphyteuta etiam ipsum fundum emphyteuticum alteri vendere, donare, & obligare potest;

ser-

servitutes ei imponere, & quidvis in eo extruere: contra ipsum quoque directum dominum in rem agere, non dico de jure separato, ut fructuarius in re confessoria, sed de re ipsa? *l.* 1. *&* 2. *ag. vect.* ut plus etiam juris emphyteutæ quàm domini in ipsa re habeant: quam ob causam etiam domini prædiorum emphyteuticorum appellantur; *l. possessores.* 12. *C. de fund. patrimon. lib.* 11. Emphyteutæ simillimus est superficiarius *l.* 1. *de superfi. d. l.* 1. *quib. mod. us. am.*

Salva rerum substantia) Id est, si Theophilo & Giphanio credimus, quamdiu res salvæ manserit. Ego verò hoc amplius hac adjectione proprium seu modum indicari arbitror, ut
7 intelligamus, fructuarium ita uti & frui debere, ut rem salvam servet domino; ac proinde hac clausula fructuarium prohiberi, tum rem consumere, causamve proprietatis deteriorem facere, tum in aliam formam rem transmutare. Finge igitur, ovium usumfructum relictum esse, non debet fructuarius eas occidere, ut carne vescatur: hoc enim pugnat cum natu a usufructus. Cui fundi usufructus legatus est, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis, *l.* 13. §. *fructuarius.* 4. *hoc tit.* Sed & si agrum non proscindat, vites non subserat, aquæductis corrumpi patiatur, non intelligitur salva substantia re uti, *d. l.* 13. §. 2. Ædium usufructu legato non mutabit diætas, vel atria non diruet, & ædificabit nova, *d. l.* 13. §. *sed si ædium* 7. nec si meliorem domini causam faciat, *l.* 7. *in fin. l.* 8. *leg. usufructuarius.* 44. *eod.* Nam quod traditum est, posse fructuarium causam proprietatis meliorem facere, *d. l.* 13. §. 4. hoc sic temperandum est, dum id faciat excolendo quod invenit, qualitate rei non immutata, *d. l.* 13. §. *sed si ædium.* 7. D. Diod. Tuld. *c.* 4. *hic.* Illud quoque, quod superius leviter attigimus, explicatius considerandum est. Diximus, semper in usufructu usum inesse,
8 se, *l.* 14. §. 1. *de usu & hab.* eumque, qui non secundùm rei conditionem re utitur, non uti, sed abuti, *l. sed si quid.* 15. §. 1. *hoc tit.* Hoc autem eò pertinet, ut intelligamus, eum, qui sic utitur, nec rectè quidem frui, nec in fructu esse, quod non percipitur ex eo usu, ad quem res parata est. Hinc igitur fructuarii non erunt partus ancillarum, *l. vetus.* 68. *eod.* §. *in pecudum.* 37. *sup. de rer. div. l. in pecudum.* 28. *de usur.* non enim ancillæ ad hoc habentur, ut pariant, sed ut serviant, *l. ancillarum.* 27. *de her. pet.* Non pertinebunt ad fructuarium arbores grandes & frugiferæ, *l.* 11. *l.* 13. §. 4. *hoc tit.* nimirum quia non habentur, ut succidantur sed vel ad fructum ferendum, vel ad ornatum umbramve præstandam. Hinc denique est, quòd sylvam non cæduam, aut, quæ ut cædua a domino habita non est, fructuarius cædere non potest, *l.* 9. §. *ult. eod.* quamvis materiam ex ea succidere ad villæ refectionem & pedamenta in vineam sumere non prohibeatur *l.* 10. *l.* 12. *in pr. eod.* ubi latè D. Paul. Bus. Ut igitur dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo, fructuarius cavere cogitur, & usurum se boni viri arbitratu, & cum usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit, *d. l.* 13. *in pr. l.* 1. *& tot. tit. usuf. quem cav.* quæ cautio satisdatio est, *d. l.* 13. *l.* 4. *Cod. eod. l.* 7. *& ult. usufr. quem. caveat. l.* 7. §. *tutor* 4. *qui satisd. cog.* & ad omnem usumfructum omnemque fructuarium (excepto patre fructuario adventitiorum, *l.* 6. §. *non. a.* 2. *l. ult.* §. *fin a.* 4. *Cod. de bon. quæ l.* item fisco per *l.* 1. §. *si ad fiscum.* 18. *ut l. nom. cav.* & casu, *l.* 9. §. 2. *usufr. quem cav.* & donatore omnium, aut partis bonorum retento usufr. per *l.* 19. §. 1. *de re jud. cum simil.* pertinet, *d. l.* 13. *hoc tit. d. l.* 1. §. 1. *&* 2. *l.* 9. §. 1. *usufr. quem caveat.* In tantum, ut nec à testatore remitti 9
possit, *l.* 7. *C. ut in poss. l. dec. Cur. Holl,* 20. Christ. *vol.* 2. *dec.* 175. *num.* 7. *& seqq.* ne scilicet amoto cautionis metu fructuarius invitetur ad delinquendum, & pro libidine sua in re fructuaria grassandum: sententia ac ratio communis. Vid. Clar. §. *testam. qu.* 64. Gail. 2. *obs.* 145. Joan. del Castill. *tract. de usufr. cap.* 15. Qui etiam aliam rationem affert, quòd remissio illa quodammodo cum natura, ac fine ususfructus legati pugnare videatur. Illud eodem loco idem rectè notat, remissione cautionis facta à testatore non vitiari ipsum legatum ususfructus, sed eam pro non scripta habendam esse *per l.* 6. *ut in poss. leg.* Quòd si cautio à testatore remitti non potest, nec poterit confectio inventarii, quæ est necessarium cautionis antecedens, Castill. *d. loc. post DD. com.* Planè ut cautio ab hærede remitti possit, rationis est, Accurs. Cyn. Bart. Salic. Sichard. ad *l.* 1. *C. hoc tit.* Plin. *in l.* 1. *C. de bon. matern. p.* 2. *n.* 76. Gail. *de obs.* 145. Castill. *d. loc. nu.* 16. Christin. *d. decis.* 175. Putarem tamen, remissionem non obstare hæredi, quominus cautionem postea ex causa exigat, ut hæc remissio tacitam in se habeat conditionem, si rectè utatur fructuarius; eoque jure utimur. Quòd si fructuarius cavere non possit, eo quòd propter inopiam fidejussorem idoneum non inveniat, an non huma-

manum est, eum admitti oblata cautione juratoria? aut si eo modo non satis prospectum videbitur proprietario, an non res fructuaria apud virum bonum sequestranda est, ut eam retinere proprietarius poterit, qui contra fructuario rectè caveat, ne pereat ultima voluntas defuncti. Placet in magna varietate eorum sententia, qui totam hanc rem boni judicis arbitrio permittendam censent, qui ex personis & re, de qua agitur, tum ex facultatibus fructuarii dispiciat & constituat, quid in proposito debeat fieri, utrum cautio juratoria à proprietario recipienda, (ad quod tamen non facile eum compellet) an verò apud virum honestum res deponi, vel apud ipsum proprietarium remanere debeat, ut in omnem eventum & proprietario satis consultum sit, & fructuarius commodum percipiat; quod eum percipere omnimodo testator voluit. Licebit hic usurpare illud Ulpiani in *l.* 2. §. *item Varus* 5. *in fin. de aq. plur. arc. Hoc æquitas suggerit: etsi jure deficiantur*, add. Castill. *d. tr. c.* 18. *n. ult.* Gail. 2. *obs.* 47. Myns. 6. *obs.* 48. Fach. 8. *contr.* 40. Wesemb. *par. usufr. qu. ca. num. ult.* Merend. 5. *contr.* 47. Christ. *d. decis. n.* 13. *& seqq.* Sunt & alia onera, quæ fructuario incumbunt, puta si quid reficiendum sit, ut sarta tecta præstet, cum distinctione tamen, quæ est in *l.* 7. §. 2. *hoc tit.* ut animalia ægrota curet, gregem ex agnatis capitibus suppleat, in locum arborum demortuarum alias substituat; rectè enim colere quasi bonus paterfam. debet: quod & ipsum cautione fructuaria continetur, vid. §. *sed si gregis* 38. *sup. de rer. div.* Hoc amplius etiam onera prædiorum agnoscere cogitur, ut tributa, vectigalia, pensitationes, quæ prædiis imponuntur, *l.* 7. §. 2. *l. si pendentes* 27. §. 3. *hoc tit.* vid. Castill. *d. tract. c.* 56. *& seq.* Christ. *vol.* 2. *decis.* 176. *n.* 1. *&* 2.

10 *Est autem jus in corpore, quo sublato*) Sublatum hic accipimus non omnino quod penitus & totum periit, sed quod desiit id, quod ante fuit; cujus pristina facies mutata, quod ita vel ampliatum vel minutum est, ut in aliam speciem & nomen transierit, *leg.* 5. §. *pen.* & deinceps, usque ad *l.* 13. *quib. mod. us. am.* Quod si totum corpus tollatur, ne dominium quidem proprietasve remanet. De mutatione rei fructuariæ plenius disputamus ad §. 3. *hoc tit. in calce.*

TEXTUS.
Quibus modis constituitur.

1. *Usufructus à proprietate separationem recipit., idque pluribus modis accidit; ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit; nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius verò usumfructum. E contra, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, hæres verò usumfructum. Item alii usumfructum, alii deducto eo, fundum legare potest. Sine testamento verò si quis velit usumfructum alii constituere; pactionibus & stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, & ad proprietatem reverti.*

COMMENTARIUS.

1 *Quot & quibus modis usufructus constituatur, & à proprietate separetur.*

2 *Ad constitutionem & acquisitionem usufructus solam pactionem non sufficere, sed requiri etiam traditionem, seu factum aliquod traditionem repræsentans; testamento autem constitui ipso jure.*

Pluribus modis.) Usufructus non uno modo à proprietate separatur, & alteri acquiritur. Nam & à lege quibusdam personis constituitur, ut patri in bonis filii adventitiis, *leg.* 6. *l. ult. C. de bon. quæ lib.* §. 1. *inf. per quas pers.* item patri emancipatori in parte dimidia bonorum adventitiorum filii emancipati, *d. l.* 6. §. 3. *Cod. &* §. 2. *infr. d. t.* & à judice in judiciis familiæ erciscundæ, & communi dividundo, per adjudicationes scilicet & condemnationes, si res divisionem commodè non recipiant, *leg.* 6. §. *officio* 10. *comm. div. l. & puto* 16. §. 1. *fam. erc. l.* 6. §. 1. *hoc tit.* junct. §. 4. *&* §. *inf. de off. jud.* usu quoque nostro & longa quasi possessione, sicut reliquæ servitutes, & usufructus nobis acquiritur; veluti si quis non dominus usumfructum nobis vendiderit, nos eum per legitimum tempus possederimus, *l. ult. in fin. C. de præscript. long. temp.* Hic duos tantùm modos recenset Imp. eosque ipsos, quibus servitutes prædiorum constitui dixit in calce præc. tit. ultimam voluntatem, & stipulationes pactionesve. 1

Ut ecce) Formas legandi, quibus usufructus constituitur, & à proprietate separatur, tres perspicue explicat; in quibus notandum, verba illa *deducto usufructu* non esse otiosa, sed expressa consulto, ut & in *d. l.* 6. *hoc t. l.* 4. *si usufr. pet.* Nam si uni usufructus, alteri fundus simpliciter legetur, nominatim, non expresso, *detracto usufructu*, ambo in usumfructum concurrent, *l. si alii* 19. *de usufr. leg. l.* 6.

6. *de usufr. ear. rer.* Neque obstat, quod traditur *d. l. & puto 16. §. 1. fam. erc.* si judex alii fundum, alii usumfructum adjudicaverit, non communicari usumfructum. Nam in judiciis divisoriis hoc agitur, ut à communione discedatur, *l. 1. eod. tit.* Sed etsi uni usufructus, alteri nuda proprietas legata sit, nemo, opinor, dixerit, usumfructum communicari. Ac ne illud quidem morum nostrorum simplicitati convenit, quod in *d. l. 19. de usufr. leg.* traditur; si testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legaverit, usumfructum contra mentem testatoris communicari, Groenevv. *ad d. l. 19. tract. de ll. abrog.* Autum. *conf. jur. ad d. l. 19.* Cyprian. *censf. Belg. bic.*

2 *Pactionibus & stipulationibus*) *L. 3. pr. eod.* Vide *sup. §. ult. tit. praec.* Pactionibus autem non nudis, sed vestitis, ut magistri loquuntur, iisque, quae idoneae sunt ad dominium ipsum transferendum, cujusmodi sunt emptio, permutatio, donatio. Potest ergo quisque dominus usumfructum rei suae alteri vendere, aut donare, cedereve nuda proprietate retenta, aut rei nudam proprietatem retento usufructu, *l. quod nostrum 63. eod. l. quisquis 28. C. de donat.* potest & uni vendere vel donare usumfructum, deinde alteri proprietatem, quam retinuit. Caeterum etiam nuda pactione usufructus rectè constituitur, si ea contractui vel conventioni legitimae, aut traditioni divisionive in continenti adjiciatur, *dict. leg. 28. Cod. de don. l. Seja 42. de mort. caus. don. eod. arg. l. cum essent 33. de serv. praed. rust. l. vend. 13. comp. praed. l. in traditionibus* 48. *de pact.* Quod autem de servitutibus praedialibus diximus, eas non acquiri pactionibus solis sine facto aliquo, quod traditionem repraesentet, hoc non minus ad acquisitionem usufructus pertinet, *l. 5. de serv. l. 3. hoc t. l. 3. de obl. & act. arg. l. traditionibus 20. C. de pact.* Nam in universum tenendum est, quibus in causis ad rem corporalem acquirendam requiritur traditio, in iisdem & ad res incorporales acquirendas requiri, quatenus fert earum rerum natura: ut in proposito traditus usufructus intelligitur, si dominus, à quo est, usumfructuarium inducat in fundum, eumve patiatur uti frui, *d. l. 3. hoc tit.* Testamento autem constituitur usufructus ipso jure, ut hic ad acquirendum jus in re & vindicationem, non desideretur traditio haeredis, sed nuda voluntas sufficiat testatoris. Quod jure quidem veteri obtinebat dumtaxat, cum usufructus legatus erat per vindicationem: nam per damnationem legatus facto haeredis praestabatur, teste Paulo 3. *sent.* 6. At hodie idem utriusque legati effectus post exaequationem juris omnium legatorum, *§. 2. inf. de legat. l. 1. C. comm. de leg.* Ex quo apparet, Tribonianum incuria quadam actionem personalem cum confessoria confudisse, *l. pen. C. hoc tit.* quod & locus ipse palam arguit. De legato per damnationem usufructu, accipe *leg. 3. hoc tit. l. 2. si usufr. pet.* de legato per vindicationem, *leg. 34. §. pen. de legat. 1. l. 10. l. si quis 29. de us. leg. l. sed & qui 25. §. ult. hoc tit. l. un. §. 2. qu. de us. leg.* add. Pinel. *part. 2. leg. 1. C. de bon. mat. num. 62.* Castill. *tract. de usufr. c. 9.* VINN. Quod Vinnius hic contendit, Tribonianum in *l. pen. C. de usuf.* incuria quadam actionem personalem cum reali confudisse, temere dictum, nec in Tribonianum cadere videtur tam supina incuria. Quaestio erat inter veteres, non an usufructus jam traditus & adquisitus non usu amittatur, id enim dubio carebat, sed an usufructus promissus vel legatus, neglectus à stipulante vel legatario, ita non usu perimatur, ut ne actio quidem personalis remaneat. Finge Titio legatum esse usumfructum fundi Corneliani. Potuisset sane uti actione confessoria reali, ad usumfructum illum consequendum: sed Titius id non fecerat per tempus legitimum biennii, quo olim usufructus *rei immobilis* non utendo amittebatur. Tunc sane post haec non poterat uti actione reali confessoria, quia usufructus non utendo fuerat amissus. At quaerebatur, an non ei superesset actio personalis ex testamento. Nihil ergo hic reperias, ex quo Triboniani eluceat incuria. HEIN.

Placuit certis modis extingui) Negligitur hic iterum à Triboniano lex methodi, nisi κρίψις est; eo quòd separato ita usufructu inutilis & ridicula videri poterat proprietas, cùm paria sint, non habere dominium, & habere inutile. Transcriptus autem hic locus est ex Cajo *l. 3. §. 2. hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus in rebus constituitur.

2. *Constituitur autem usufructus non tantum in fundo & aedibus, verum etiam in servis, & jumentis, & caeteris rebus: exceptis iis, quae in ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata: namque ipso usu assidua permutatione quodammo-*

modo extinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine haeredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae usufructus legatus sit; ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius satisdet haeredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur aut capite minuatur. Caeterae quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: sed aestimatis his satisdatur, ut si moriatur, aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hae fuerint aestimatae. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

NOTAE.

1. *Vinum, oleum*) Harum rerum non usus, sed abusus est. Boet. *in top. lib. 2. Utimur his, quae nobis utentibus permanent: his verò abutimur, quae nobis utentibus pereunt.*

Quodammodo) Expendendo & alienando: ita pecunia interire dicitur apud Corn. Nep. *in Themist. cap. 2.*

De tanta pecunia restituenda) Clausula cautionis fructuariae de utendo boni viri arbitratu, *l. 1. uf. quem cav.* ad quasi usumfruct. non pertinet, & absurdum esset rei dominum talem cautionem praestare.

Si moriatur, aut capite min.) Non aliis modis quasi usufr. extingui potest, *l. 7. l. 10. d. tit.*

Sed aestimatis) Aut cavebitur de rebus ejusdem qualitatis restituendis; quamquam illud certius & tutius, *l. 7. de usf. ear. rer.*

Nec enim poterat) Naturalis enim ratio auctoritate Senatus mutari non potuit, *l. 2. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur rerum fungibilium ususfructus constitui non possit.*
2 *In hoc numero rerum non esse vestimenta, contra plerosque, & ipsum adeo Tribonianum firmis rationibus ostenditur.*
3 *Qua consideratione pecunia & quaedam alia in hoc genere numerentur.*
4 *An cautio quasi fructuaria sit de substantia quasi ususfructus.*
5 *Partes cautionis quasi fructuariae expositae, & notatus insignis error Mynsingeri.*

HOc §. agitur de rebus, in quibus ususfructus constitui potest. Et sciendum est, in rebus omnibus, unde aliqua utilitas aut commoditas qualiscumque percipi potest, usumfructum constitui posse, sive immobiles sint, ut domus, fundus sive mobiles, ut mancipia, jumenta, supellex &c. in quo differt ususfructus à servitutibus realibus, quae tantùm in praediis consistunt. Sed & rerum incorporalium ususfructus constitui potest, veluti nominum, *l. 3. de usufr. ear. rer.* ut fructuarius rem consecutus ea utatur. Potest & jurisdictionis, quam patrimonialem vocant, ut fructuarius & multas & poenas pecuniarias tamquam fructus jurisdictionis percipiat. Schneid. hic post alios, quos supra citavi. Neque hic quasi ususfructus est, ut putat D. Bachovius: certè non eo sensu sic appellari potest, quo earum rerum, quae usu consumuntur, quasi usumfructum esse dicimus; nam jurisdictio non datur fructuario, ut ejus fiat propria, ideoque & eam ipsam finito usufructu restituere debet, eodemque modo cavere, quo fructuarius rei corporalis, quae fructum recipit, *fac. l. 1. de usufr. leg.* Solae excipiuntur res, quas utendo consumi necesse est, ejusmodi sunt, vinum, oleum, frumentum, caeteraeque res, quae pondere, numero, mensura constare, & in genere suo functionem recipere dicuntur, *inf. quib. mod. re cont. obl. l. 2. de reb. cred.* Has res, ait Imperator, neque naturali ratione, neque civili usumfructum recipere: scilicet haec est natura ususfructus, jusque de eo constitutum, ut sit in re aliena, sive penes eum, qui dominus rei fructuariae non sit, isque jus habeat ea re utendi, fructusque ab ea separandi, aut commoda ob causam rei obvenientia percipiendi, ita ut interim res ipsa, cujus proprietas apud alium est, salva & integra maneat, caveatque fructuarius se eam finito usufructu restituturum: quorum nihil in res consumptibiles, hoc est, eas, quae usu ipso consumuntur & pereunt, cadere posse manifestum est: quippe cum ex iis nulla utilitas percipi queat, nisi consumantur, nec consumi res possit, nisi ab eo, cujus propria sit. 1

Vestimenta) Temere atque inconsideratè Tribonianus inter res, quae usu consumuntur, refert vestimenta. Non enim quae longiore usu atteruntur, & detritu deteriora fiunt, usu consumi dicuntur; sed quae utendo protinus tolluntur & delentur, quarumque non nisi in abusu usus est. Alioqui eadem ratione dicendum esset, mobilia fere omnia atque utensilia praesertim lintea, ut mappas, mantilia, toralia, eodem numero habenda atque ut vestimentorum, ita & harum rerum non verum, sed quasi usumfructum esse: quod nemo dixerit; neque Ulp. *l. 1. hoc tit. de usuf. ear. rer. quae uf. conf.* cum ait, earum rerum quasi usumfructum esse, quae usu tolluntur vel mi-

nuuntur, intelligit res, quæ usu deteriores fiunt, sed quæ per partes consumuntur, veluti si cui ususfructus aliquot modiorum frumenti legatus sit. Illud utique certum est, vestes non esse ex earum rerum numero, quæ in genere suo functionem recipiunt, quarumve datione in creditum ire possumus. Atqui non magis potest extra eas res esse quasi ususfructus quàm mutuum. Denique vestimenta in rebus, quæ usu delentur, numeranda non esse, verumque eorum usum arguit, quòd alteri commodari, & locari possunt, quod secus est in iis, quæ ipso usu tolluntur, §. *pen. inf. de loc.* junct. *l.* 3. *commod. in fin.* Dicendum igitur omnino est, ut mancipiorum, jumentorum, suppellectilis, aliarumque rerum mobilium, licèt usu atterantur, verus est & naturalis ususfructus; ita & vestimentorum esse. Eapropter usufructu vestimentorum legato, non dabuntur ea legatario ut ejus fiant, ut pro libitu ea consumere, iisve abuti possit, ut fit legato usufructu rerum fungibilium: sed ut iis utatur, quomodo vir bonus uteretur, *leg.* 15. §. *& si* 4. *hoc tit.* quod veri ususfructus proprium esse ostendit prima clausula cautionis, quæ in vero usufructu desideratur, *l.* 1. *usuf. quem cav.* neque satisdabit legatarius, se ejusdem generis vestes finito usufructu restituturum, aut earum æstimationem, ut fit in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, *l.* 7. *hoc tit.* sed rem ipsam & speciem, quam accepit, *l.* 9. §. *pen. usuf. qu. cav.* juxta alteram clausulam cautionis in vero usufructu receptæ. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut promissor rem restituat non deteriorem, quàm erat tempore constituti ususfructus: satis enim est, si dolo aut culpa ejus deterior facta non sit; nulla verò culpa in eo est, qui utitur quod accepit in eam rem, in quam accipit, ut responsum est de re accommodata deteriore reddita fine culpa commodatarii, *l.* 10. *in pr. commod.* ideoque liberatur restituendo corpus, quod superest, aut post usum extat, unde & in proposito formula cautionis non de re ipsa restituenda, sed de eo, quod inde extabit, fere concipi solet, *l.* 1. *in pr. & §. ult. usuf. quem cav.* Sed etsi cautum sit de re ipsa restituenda, idem tamen juris est, ut in hac ipsa specie, quam tractamus, Ulpianus ex Pomponio refert, *d. l.* 9. §. *pen. usufr. quem cav.* quod cùm animadverteret Cantiuncula, putavit, id nescio qua speciali ratione receptum esse in quasi usufructu vestimentorum. Accursius errorem Triboniani duplici commento tegere conatur, uno in *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.* altero ad *hunc.* §.

2

Illic, ut ex verbis ejus colligitur, interesse existimat, utrum vestimentorum ususfructus legatus sit tamquam quantitatis, hoc est, æstimatorum; an verò simpliciter, ut cujusvis alterius corporis. Hoc casu fatetur verum usumfructum relictum esse, & restitutione ejus quod finito usu superest, legatarium liberari, per *d. l.* 9. §. *pen. usuf. quem. cav.* Illo autem casu quasi usumfructum vestium legatum videri, finitoque usufructu reddendam esse æstimationem: quod & Aretin. & Fab. sequuntur, eòque referunt hunc §. At hoc posito, jam non tam vestium quàm ipsius pretii quasi ususfructus erit, quod idcirco & solum restituendum, non vestes ejusdem generis: potest que hoc usuvenire & in aliis rebus æstimato utendis fruendis datis, haud absimili ratione, species æstimari & in causam mutui converti possunt, *l.* 11. *si cert. pet. l.* 8. *C. pro eod. l. pro auro.* 25. *C. de usufr.* Hoc igitur parum pro Triboniano facit. Locus ipse, unde distinctionem istam collegit Accursius, mendosus videtur, nempe *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.* Neque enim dubito, quin verba illa, *non sicut quantitatis ususfructus legetur*, irreptitia sint, & ab imperito aliquo glossatore profecta, volente gratificari Triboniano: nam & constructionem turbant, & perplexum efficiunt *sensum.* Quod miror ante Bachovium neminem observasse. Alterum, quod Accursius ad defensionem Triboniani comminiscitur, est in explicatione hujus §. ubi duo genera vestium facit, unum temporalium; alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc discrimen ponit, quòd temporalibus fictus, in perpetuis verus ususfructus consistat. Temporalium (de quibus solis hìc Tribonianus loquatur) appellatione intelligit quotidianas: perpetuarum, funebres & scenicas; quarum rarior usus. Verùm huic distinctioni palam repugnat *d. l.* 15. §. 4. & inter quotidianæ & scenicæ *vestis* usumfructum hoc tantùm interesse eo loco & §. seq. docet Jurisconsultus, quòd scenica à fructuario locari possit, quotidiana non item. Quamvis secundùm Accursii distinctionem judicatum tradat Tessaur. *dec.* 80. *n.* 1. vestium quotidianarum usufructu legato, cavendum esse de restitutione vestium in eadem bonitate, vel pretii illarum facta æstimatione. Si quid ad excusandum Tribonianum vel quæsito colore afferri potest, illud unum est, quod Don. 10. *comm.* 4. existimat, eum materiatum posuisse pro materia *μετωνυμικῶς*, vestimenta pro lana, unde vestimenta conficiuntur, vid. *leg. pen. de usufr. ear. rer.* VINN. Sed hoc duriusculum. Quis enim vestimenta dixerit pro lana?

Paullo probabilius conjiciunt, qui inter vestimenta per modum quantitatis, & per modum corporum legata, & in illis quasi usumfructum, in his verum esse arbitrantur, sed tamen nec id facile concipitur, velle aliquem vestimenta legare tanquam quantitatem. Erraverit itaque per nos Tribonianus. HEIN.

Quibus proxima est pecunia numerata) Generali pecuniæ appellatione continentur omnia, quæ in patrimonio sunt, *l. 5. l. pecuniæ 222. de verb. sign.* & ideo ait, pecunia numerata. Qua voce tantùm designantur nummi, hoc est, æs, aurum aut argentum signatum, sive publica forma percussum, ut jam non tam usum dominiumque ex substantia præbeat, quàm ex quantitate seu valore imposititio, *l. 1. de contr. empt.* Auri autem vel argenti non signati quin usus esse sine abusu possit, veluti vasorum aureorum, vel argenteorum, non est dubitandum, *l. ult. usuf. quem. cav.* Quin & numismatum veterum aureorum vel argenteorum, quibus pro gemmis ad ornatum uti solet, ususfructus rectè legatur, *l. numismatum 28. hoc tit.* VINN. Plura de his numismatibus dixit V. C. Ger. Noodt. *Obs. 1. 5.* Videntur veteres aliquando numismatibus pro gemmis usos in ornandis pueris & puellis infantibus: quale quid etiamnum in Germania fieri novimus. HEIN.

3 *Quodammodo extinguitur*) Rectè, *quodammodo*; non enim ut vinum, oleum, frumentum utendo, ita pecunia permutando absumitur, & revera ac naturaliter perit. Ut enim pecuniam maximè cum re permutemus, solvamus, donemus alii; semper tamen manent ipsa corpora nummorum, nec usu delentur. At si spectamus eum, qui pecunia utitur alienando & expendendo, vi ipsa illi eo usu consumitur & perit. Tam enim eo casu dominus ac possessor esse definit, quàm si consumpsisset. Inter res quæ usu consumuntur, numerandæ etiam quibus utimur ad medicamenta ut pharmaca & odores, *l. pen. de us. ear. rer.* Item quarum ita usus est ad res alias conficiendas, ut nisi mutatæ ad eas res conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles: qualis est lana, qua ad vestimenta & stragula conficienda utimur, *d. l. pen.* ad quas res si confertur, ipso usu eam perire necesse est: quippe quæ prius nenda & in filium transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod inde extare volumus, *l. sed si meis 26. de acq. rer. dom.*

Utilitatis causa Senatus censuit.) *L. 1. & 2. de us. ear. rer.* Quo latior esset morientium voluntas, effectum est Senatusconsulto, ut earum quoque rerum, quæ usu consumuntur, quasi quidam ususfructus constitui possit, utque illi, qui nollent hujusmodi res pleno & perpetuo jure esse legatarii, usufructu earum legato id consequerentur. In quo constituendo cum Senatus favorem ultimæ voluntatis respexerit, ut apparet ex eo, quod tantùm legati harum rerum ususfructus fit mentio, tum hoc loco, tum *tot. tit. eod. l. usufructu. 69. ad leg. Falc.* item apud Ulp. *tit. de legat. §. Senatus 25.* nusquam aliter constitui, non sine causa Hotom. & Wes. cum Conan. 4. *comm. 3.* existimant, conventione inter vivos non idem effici posse. Quamquam semel admisso & recepto in legatis harum rerum usufructu, nihil admodum video, quod obstet, quominus id jus produci possit ad conventiones. Planè publica auctoritate opus fuit, ut ab initio introduceretur. VINN. Ignota est hujus SC. ætas & historia. Quum verò libera adhuc republica id jus ignoraretur: Cic. *Topic. cap. 3.* & tamen à Masurio Sabino ejus fiat mentio, *l. 5. §. 1. ff. de usufr. ear. rerum, quæ usu cons.* SC. hoc tempore Augusti vel Tiberii conditum esse, haud abs re conjecit doctissimus Schulting. ad Ulp. *tit. 24. §. 27. p. 658. seqq.* HEIN.

Hæredi utiliter caveatur) Datis scilicet fidejussoribus: nam & hæc cautio satisdatio est, ut in vero usufructu, *l. 8. l. 9. & 10. eod. l. 7. §. 1. usufr. quem. caveat.* & bis hoc eodem in loco fit mentio satisdationis. Remedio igitur cautionis introducto, cœpit hic quasi ususfructus haberi, *l. 2. §. 1. hoc tit.* sive ut ait Justinian. in calce *hujus §.* Senatus per cautionem quasi usumfructum constituit, imaginem scilicet veri, ut hic quoque apud alium proprietas esse, apud alium ususfructus quodammodo videri possit. Nam licèt hæ res ita dentur legatario, ut ejus fiant consumendi causa; tamen propter cautionem, quæ in locum proprietatis rerum apud hæredem succedit, videntur adhuc alienæ, & legatarius usumfructum dumtaxat earum habere: propterea quòd finito usu eamdem quantitatem, quam accepit, restituere debet. Est autem hæc cautio non minus necessaria in hoc usufructu, quàm alia illa in vero: neque magis quàm illa testamento remitti potest, *l. 1. C. de usufr. l. 6. ut in poss. leg.* Illud quæsitum, an cautio hæc fit de substantia hujus usufructus. Et si quidem hoc quæratur; an necessario præstanda 4
fit, antequam res utendæ dentur, aut rebus traditis nihilominus exigi possit, res expedita est. Nam & in vero usufructu non ante res ipsa aut fructus transferuntur, quàm præstita cautione illius ususfructus propria, *l. 13. de usufr.*

usufr. l. 4. *C. eod.* alioqui & res tradita vindicari, & omissa stipulatio condici potest, *l.* 7. *usufr. quem. cav.* Sin verò hoc, an forma quasi ususfructus in cautione consistat, absurda est & inepta quæstio; cùm non magis cautio, quæ in hoc quasi usufructu loco proprietatis est, forma hujus ususfructus dici posit, quàm proprietas veri & naturalis. Sed illud fortasse quæritur, an non quemadmodum verus ususfructus nullus est sine proprietate, quæ ei ex adverso opponatur, ita nec quasi ususfructus intelligi posit sine cautione, quæ vicem proprietatis subeat. Et certum est, nec quasi usumfructum intelligi posse, nisi sit aliquid, quod repræsentet proprietatem: quod etiam facit cautio, ubi ea præstita est: cæterum ea ab hærede omissa, nihilominus ususfructus intelligitur, atque interim jus exigendi cautionem, & finito usufructu condicendi quantitatem loco proprietatis potestate Senatusconsulti habetur, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* ut ne eo quidem sensu cautio omnimodo necessaria sit, aut de substantia quasi ususfructus. Hoc posito nemo dubitabit, quin cautio hæc ab hærede remitti posit, & fructuarium sine vitio posidentem etiam ante cautionem præstitam commodum rei sequi debeat, ut juris est in vero usufructu: accuratè Pinel. *ad l.* 1. *C. de bon. matern. part.* 1. *num.* 77. & *seqq.* Castill. *tract. de usufruct. cap.* 15. & 16. Planè eatenus, de substantia quasi ususfructus cautio esse dici potest; quatenus consideratur ut per eam primùm à Senatu introductus & constitutus. Obiter addo, generaliter cautum Senatusconsulto fuisse, ut omnium rerum, quæ in bonis sunt ususfructus legari posit, *l.* 1. *l.* 3. *hoc tit. l.* 1. *de usuf. leg. l. usufr.* 69. *ad leg. Falc.* atque ex eo tempore, usufructu bonorum omnium legato, etiam earum rerum quæ usu consumuntur, usumfructum legato contineri intelligi cœpisse, *argum. l. uxori meæ* 37. *de usuf. leg. l.* 1. *Cod. de usufr.* cùm ante id Senatusconsultum alio jure Romani uterentur, ut constat ex loco M. Ciceronis *in Top. cap.* 3. ubi scribit: *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legaverit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim*, inquit, *non abusus relictus est.* Add. Alciat. *lib.* 7. *parerg. cap.* 2. Mant. *de conj. ultim. volunt. lib.* 9. *tit.* 6. *in pr.* Castill. *dict. tract. cap.* 38. *num.* 10. & 11. Menoch. *lib.* 4. *de præsumpt.* 142. *num.* 14. Planè si rerum mobilium dumtaxat ususfructus relictus sit, res fungibiles legato non contineri verius est, Castill. *dict. loc.*

f *De tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur*) Cautio quasi fructuaria duas partes habet, quarum una est de restitutione, altera de restitutionis modo. Quippe clausula cautionis fructuariæ de utendo boni viri arbitratu ad quasi usumfructum non pertinet, ut rectè Castill. *d. tr. de usufr. cap.* 15. *num.* 13. & 31. contra communem. Ad restitutionem quod attinet, promittit fructuarius, se restiturum non eadem corpora, quæ accepit, quod consumptis iis fieri non potest: sed tantumdem, sive pecuniæ ususfructus relictus sit, sive vini, olei, frumenti, aut similium rerum. Cæterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere posset, commodius est in vino & rebus similibus eas res dari fructuario æstimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere, *l.* 7. *hoc tit.* atque ita moderandum quod ait Justinianus, *his rebus æstimatis satisdari.* Pars hæc cautionis vel maximè facit, ut in his rebus velut quidam ususfructus haberi incipiat. Nam quòd res restitui debet, videtur aliena; & quod tantumdem videtur restitui res ipsa. Sunt enim hæ res ejus naturæ, ut in genere suo functionem recipiant, hoc est, idem inter se mutuo præstent, dum id genus redditur, *leg.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Apparet autem ex hac parte cautionis & obligatione fructuarii, errare Mynf. qui putat, casus fortuitos & rei periculum, tam in *quasi* usufructu, quàm in vero ad proprietarium pertinere: in quo errore & Bald. fuit. Quomodo enim liberabitur fructuarius peremptis rebus, quas non debuit? Promisit alias ejusdem generis aut æstimationem: promisit incertas: res incertæ perire non possunt. Sed & ipsa rerum proprietas in quasi usufructu revera transfertur in fructuarium. Ut omnino non videam, cur non idem hîc obtinere debeat, quod in rebus mutuo datis, quarum periculum præstat qui accepit, §. 2. *inf. quib. mod. re cont. obligat.* Pars altera hujus cautionis est conditio restitutionis, quæ hunc usumfructum etiam à mutuo separat. Ea hæc est, *Si usufructuarius morietur, aut capite minuetur.* Soli enim hi duo casus interponuntur, mortis & capitis diminutionis: quoniam rerum, quæ usu consumuntur, usus aliter amitti non potest, *l.* 9. *hoc tit. l.* 7. §. 1. *usufr. quem. cav.* Nam cùm harum rerum proprietas in fructuarium transeat, & hoc agatur, ut pro arbitratu suo iis utatur, & non easdem, quas accepit, sed alias ejusdem qualitatis restituat, non potest hic non utendo interitu aut mutatio rerum ususfructus extingui. Capitis autem deminutionem accipiemus maximam & mediam dumtaxat: nam jus vetus, quo ususfructus omnis

omnis etiam minima capitis deminutione peribat, in hac quoque specie mutatum esse à Justiniano, non est ambigendum, *l. pen. §. ult. C. hoc tit. de usufr.*

TEXTUS.

Quibus modis finitur.

3. *Finitur autem usufructus morte usufructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima, & media, & non utendo per modum & tempus; quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur usufructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur) vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit; quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu: vel vitio suo corruerint: extingui usumfructum, & ne area quidem usumfructum deberi.*

NOTÆ.

3. *Cedendo extraneo nihil agitur*) Scil. in persona extranei & respectu intentionis cedentis. Cæterum nihilominus ususfructus ad proprietatem recurrit, *l. 66. D. de jur. dot.* quod plenius probamus in *comm.*

Consolidatio) *L. 3. §. ult. l. 6. de usufr. acc.* à solido jure, solida proprietate *l. 9. §. ult. de aq. pl. arc. l. 26. sub fin. de us. leg.* dicitur etiam confusio, *l. 4. us. quem. cav.*

Ne areæ quidem) *Leg. 5. §. 2. quibus modis us. am.* quia ædes amplius non sunt, aut nominantur: & ex contrario si areæ fructuariæ domus imposita sit, ususfructus interit, *d. l. 5. §. 3.* Similia habes *l. 10. §. ult. l. ult. eod.* Aliud juris est in legato ipsius rei: quippe legata proprietate nihil est in re legata, aut ex ea, quod legato non contineatur, *l. 22. de leg. 1. §. 18. inf. de leg.* eademque ratio rei nexæ pignori, *leg. 21. D. de pign. act.*

COMMENTARIUS.

1 *An quemadmodum adrogatione, ita & adoptione & emancipatione jure veteri ususfructus perierit?*
2 *Amitti posse usumfructum non utendo per modum utendi constitutum, & quis non uti intelligatur?*
3 *Quanto tempore non utendo ususfructus amittatur?*
4 *Usumfructum extraneo cessum ad proprietatem statim reverti, contra Vves. Pinel. & alios.*
5 *Quando mutatione rei fructuariæ interior species mutata aut non mutata intelligatur?*
6 *Cur placeat, usumfructum aliquando mutatione rei extingui etiam in partibus, quæ mutato toto supersunt, in cætero autem jure qualiscumque mutatio inciderit, si quid adhuc restet? in eo idem jus, quod in toto fuerat, remanere?*

QUid sit ususfructus, quibus modis constituatur, quæ res usumfructum recipiant, intellectum est: restat ultimum ut videamus, quibus modis finiatur. De vero usufructu hoc nunc quæritur. Et in universum finitur tribus ex causis. Aut soluto jure auctoris, veluti si in usumfructum sub conditione legatum hæres interim alteri constituerit, & conditio extiterit, *l. si sub conditione 16. quib. mod. us. am.* quod & in reliquo jure à domino constituto similiter accidit, *l. lex vectigali 31. de pign.* Aut lege constitutionis, veluti si usufructu ad conditionem vel ad diem constituto, conditio extiterit, aut dies venerit, *leg. 4. de usufruct. leg. un. §. ult. quand. dies us. leg. ced. l. 5. l. 12. Cod. de usufruct.* Aut natura sua, idque vel ex persona fructuarii, vel ex conjunctione ususfructus cum proprietate, vel ex re ipsa, ut ex subjectis apparebit. VINN. Si accuratius loqui velis dicendum erit, aliud esse usumfructum FINIRI, aliud, eumdem AMITTI. *Finitur* enim ita, ut repeti non possit: *amittitur*, ut repeti possit. Paull. *Recept. Sent. lib. 3. tit. 6. §. 28. sequ. Finitur* itaque morte & tempore. *Amittitur* capitis minutione, rei mutatione, non usu, in jure cessione, dominii comparatione. Sed hoc discrimen negligunt Pandectæ. HEIN.

Morte fructuarii) Ex persona fructuarii triplici modo ususfructus finitur. Primum morte ejus, sicut jura omnia, quæ personæ cohærent, cum persona extinguuntur, *l. 3. in fin. hoc tit. l. 3. Cod. de usufruct. l. 8. §. 3. lib. leg. l. quia tale 13. sol. matr.* in servo mors domini; in filio superstite post obitum patris, ipsius filii; ante mortuo, ipsius patris spectatur, quasi duplici usufructu constituto, *l. ult. Cod. de usufruct.* Civitati aut municipibus usumfructum relictum placet centum annos durare: quia is finis vitæ est hominis longævi; *l. an ususfructus 56. de usufr. l. 8. de usufr. leg.* Enimvero si interim civitas eversa sit, aut aratrum passa, quasi morte usumfructum habere desinit, *l. si ususfruct. 21. hoc tit.* Adeo autem morte finitur ususfructus, ut licèt qualicumque alia ratione amissus repeti possit, morte tamen non possit, nisi forte hæredibus legeretur,

tur, *l. 5. in pr. eod.* quo facto non tam repetitur, quàm novus constituitur in persona hæredum. Nec tamen si ita legatus sit, ad secundos successores pertinebit, sed primis defunctis finietur. Nam in re sui natura non transitoria ad hæredes, hæredis appellatio solum primum hæredem non ulteriores continet, ut notant *Interpp. ad l. hæredis 65. de verb. sign.* Cæterum male Cantiunc. Mynf. Schneid. & Gœd. ad *d. l. 65. num.* 7. putant, eamdem hanc speciem tractari in *leg. cum antiquitas 16. C. de usufr.* Cum nulla ibi quæstio sit de hærede legatarii, sed testatoris: legatario enim non usufructus, sed proprietas legata proponitur, sicut Glossa & D. Gothofr. casum formant: quamvis ratio decidendi eadem sit, & in utraque specie tam manifesta, ut Justinianus haud facile mihi persuaserit, veterum quemquam hîc hæsitasse. VINN. Omnino hîc hæsitarunt veteres: nec probabile est, Justinianum doctrinas liquidas voluisse decidere, id est, cum larvis pugnari. Erant enim, qui utile putabant legatum fundi, cujus usumfructum vellet testator apud hæredem manere. Ita sanè sensisse videtur Cajus *l. 6. ff. de usufr.* & Julianus *l. 4. ff. si usufr. pet.* Qui quum fuerint Sabiniani, probabile est, in alia omnia itum esse à Proculianis. Rem ita decidit Justinianus, ut legatum hujusmodi sit utile, & usufructus morte hæredis finiatur. Conf. Meril. ad *decis. Justin. 16. p.* 308. HEIN.

Capitis diminutione maxima & media) Hic alter modus est, quo finitur usufructus ex persona fructuarii, & finitimus præcedenti: siquidem & maxima mediaque capitis diminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem, hæc civitatem adimit, *l. verum 63. §. ult. pro soc. l. 1. §. pen. de bon. poss. cont. tab. l. antepen. de reg. jur. §. 1. & 3. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* cui consequens est, non magis usumfructum his modis amissum repeti posse, quàm amissum morte naturali. Olim etiam amittebatur usufructus capitis deminutione minima, adrogatione scilicet, vel adoptione, aut emancipatione, teste Paulo, *3. sent. 6. §. capitis*, & Justiniano *l. pen. §. ult. C. de usufr.* Atque ad hanc speciem tantùm referri potest, quod de repetitione usufructus capitis deminutione amissi legimus cum alibi, tum præsertim *l. 3. hoc tit.* in quo fallitur D. Connan. 4. *comm. 6.* Cur autem veteribus placuerit etiam ea capitis minutione, quæ salva civitate contingit, usumfructum amitti, ratio non tam obscura est, ut plerisque videtur: utique in adrogatione obvia. Nam cùm omnia, quæ sunt adrogati, facta adrogatione, ex ratione juris veteris acquirantur adrogatori, *l. si paterfam. 15. de adopt. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab.* necesse est, ut usufructus, qui in persona adrogati amplius consistere nequit, vel simul in adrogatorem transferatur, vel ad proprietatem redeat. Illud ratio juris non patitur: superest ergo, ut redeat ad proprietatem: quod & Justinianus indicat, *§. 1. infr. de acq. per adrog.* De adoptione & emancipatione idem dici non potest. Unde Bachovius existimat, jus illud vetus pertinuisse dumtaxat ad adrogationem. Sed tamen Paulus *d. loc.* expresse testatur etiam de adoptione, & de ea quidem in specie, quæ adrogationi opponitur. Ait enim, *Si ex adrogatione vel adoptione statum mutaveris.* Et Justinianus *d. l. pen.* etiam de emancipatione, & alioqui frustra dubitatum fuisset, an emancipatione filii usufructus per eum patri quæsitus extingueretur, *l. ult. C. eod.* Verùm enim verò cùm ex constitutione juris antiqui filiusfam. nihil proprium haberet præter castrense peculium, non potuit extra causam illius peculii de usufructu, quem filius ipse haberet, amittendo disputari. Solùm potuit tunc, cùm ex peculio castrensi usumfructum sibi comparasset: nam empta ex peculio castrensi conditionem illius peculii sequuntur, *l. 1. C. de castr. pec. lib. 12.* cujusmodi etiam speciem proponit Justinianus, *d. l. pen.* & ait, usumfructum ex ea causa filio quæsitum per emancipationem, ex definitione juris veteris periisse: quod haud dubiè in adoptione quoque obtinuit, cùm planè eadem sit utriusque in proposito ratio. Non enim alia de causa usufructus his modis intercidit, quàm quia fructuarius, mutata familia & priore statu personæ, alius esse credebatur ab eo qui ante fuerat, redactus etiam antea in imaginariam servilem causam, *l. 3. §. 1. de cap. min. l. ult. C. de emanc. lib.* An verò usufructus, sic juris subtilitate extinctus, ex edicto de capite minutis restituendis fuerit, sicut pleraque obligationes eodem modo amissæ restituebantur, non definio. Affirmat id quidem D. Bachovius: etenim neque jura omnia capitis deminutione amissa restituebantur, veluti tutelæ, hæreditates legitimæ: & obligationes ideo Prætor restituebat, ne contra naturalem æquitatem alteri per alterum iniqua conditio inferretur. Emancipatus verò aut datus in adoptionem de facto alieno queri non possunt: est enim quid sibi imputent, quòd scilicet passi sint se emancipari aut in adoptionem dari, cùm id pati non cogerentur, *l. 5. de adopt. l. pen. C. de emanc. lib.* Paul. 2. *sent.* 25. Quocum-

cumque modo res habet, constat, Justinianum jus vetus, quo usufructus capitis minutione amittebatur, abolevisse, quantum attinet ad eam, quæ salva civitate contingit, *d. l. pen.* §. *ult.* & voluisse usumfructum etiam simpliciter filio relicto, mortuo patre, etiam post emancipationem filii, in persona filii durare, *l. ult. C. eod.* Enimverò ita demum amittebatur capitis deminutione ususfructus, si jam constitutus erat: cæterum si ante aditam hæreditatem aut ante diem ususfructus cedentem quis capite minutus fuerat non amittebatur, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Item si unus ususfructus relictus erat, non si plures, veluti si ususfructus legatus fuisset in singulos annos, vel menses, vel dies. Hic enim quia commemoratio temporum repetitionis potestatem habet, *l.* 2. §. 1. *eod.* placebat, per singula tempora adjectam diem cedere, & illius anni, mensis, diei usumfructum amitti, qui jam processerat, *d. l.* 1. §. *ult.* quarum rerum evidens jure veteri effectus fuit. Ex his, quæ dicta sunt, manifestum est, Tribonianum interpolasse, *l.* 1. *de usufr. leg.* & verba illa, *ex magna causa*, quæ in calce sunt, responso Jureconsulti assuisse. Ruffard. *in not. ad d. l.* 1. Cujac. *hic* Castill. *tractat. de usufruct. cap.* 66. *num.* 16.

2 *Non utendo per modum*) Postremò finitur ususfructus ex persona fructuarii non utendo: & siquidem omnino non usus est, nullum dubium est, quin pereat ususfructus: sed quæritur, an & non utendo per modum rectè dicatur amitti, vel potius, an talis aliquis modus utendi in constituendo usufructu præstitui possit, ad quem si non utatur fructuarius, usumfructum amittat. Negat id Bachovius, erroris Tribonianum insimulans. At ego non video, cur non possit. Nam si verbi causa Titio legaverim usumfructum ædium eo modo præscripto, ut æstate habitaret, isque habitaverit hieme; vel si silvæ usumfructum alicui legaverim, ut certo tempore & modo silvam cæderet, & ceciderit alio tempore & modo, per *l.* 2. *de acq. cot. l.* 10. §. 1. & *seq. l.* 18. *quem. serv. am.* non videbitur usus, qui ad suum modum, τῷ τρόπῳ ὡρισμένῳ, usus non est. Non uti autem intelligitur, qui neque per se utitur, neque per alios, qui negotia ejus gerunt, aut quibus usumfructum vendidit, locavit, gratis concessit, *l. non utitur* 38. *de usufr.* Quid verò si nec isti utantur? Et interest, donatarius non utatur, an emptor conductorve: nam illo casu ususfructus perit, hoc retinetur propter fruitionem pretii aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quàm qui utitur fruitur principali re; *d. l. non utitur* 38. & 2. *seqq.* Potest verò ususfructus & pro parte non utendo amitti, *l.* 5. *d. tit. l. excepta* 14. *l. placet* 25. *hoc tit. quib. mod. us. am.* & eum quoque, qui usumfructum habet, si usus tantùm sit, non etiam fruitus, placet usumfructum amittere. Cæterum hoc ita, si ignorabat se usumfructum habere, non si sciebat, *l. is qui* 20. *eodem.* VINN. Nec Bachovio jus fuisse videtur, erroris hic insimulare Tribonianum, nec auctori nostro ratio tradendi, usumfructum non utendo ad certum modum amitti. Id enim nusquam docent jura nostra, nec hìc docere videtur Tribonianus. Nam sanè (1) *uti per modum* Latinis non est uti ad certum modum, secundum legem usufructuario præscriptam. Et (2) Imperator hìc se refert ad constitutionem suam, puta ad *l.* 16. *C. de usuf.* ubi tamen nihil de hoc modo amittendi usumfructum. Accedit (3) quod non opus sit usufructu privari eos, qui jure suo abutuntur, quum cautio usufructuaria tunc committatur, eoque ipso satis consultum sit proprietario. Vidit hoc Vir eximius Ger. Nood. *de usufr. lib.* 18. *cap.* 9. ubi verba *non utendo per modum & tempus* explicat per figuram ἓν διὰ δυοῖν, ut sensus sit, amitti usumfructum, si quis non usus sit per modum temporis à Justiniano constituti. Ast existimo claram rem esse, ex *d. l.* 16. *C. de usufr.* ubi Justinianus sanxit, ut ususfructus expiraret præscriptione X. vel XX. annorum. En tempus! Quia autem præscriptio nulla est, nisi adsit continua possessio; facilè patet, usumfructuarium non utendo non amittere jus suum, nisi alter rem continuo & quiete possederit. Ergo non usus possidentis non nocet, sed talem esse oportet in usum, qui cum possessione non sit conjunctus. En modum! Ita nos: quàm rectè, alii viderint. HEIN.

Et tempus) Quod diximus, non utendo finiri usumfructum, id ita est, si fructuarius usus non sit per tempus constitutum, intra quod si quis usus non sit, placeat usumfructum amitti. Id tempus, cùm olim brevius esset, Justinianus revocavit ad ea spatia, quæ ipsæ præfinivit usucapionibus, *l. corruptionem* 16. *pen.* §. 1. *C. hoc tit. de usufr.* Igitur rei mobilis ususfructus amittetur non utendo per triennium: rei immobilis per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes, *arg. l. un. C. de usuc. transform.* & *inf. de usuc. in pr.* Atque hæc sanè temporum distinctio optimè convenit tum rationi juris, tùm sententiæ quoque ipsius Justiniani *in d. l. pen.* §. 1. Ceterum secum ipse pugnare videtur, dum in *l. pen. C. de servit.* constituit, ut eodem tempore & rei mobilis & immobilis ususfructus non utendo amit- 3

amittatur; & tamen quod subjicit de servitutibus prædiorum similiter non utendo amittendis; quia tantummodò solis rebus annexæ sint, hoc iis tantùm commune est cum ususfructu rerum immobilium, & ita dicitur, quasi in amittendo usufructu pro diversitate rerum tempora ante distinxisset.

Si domino proprietatis cedatur) Cum vel proprietarius voluntate aut facto fructuarii usumfructum, vel fructuarius voluntate proprietarii proprietatem adipiscitur; ea res in specie à Justiniano consolidatio dicitur. In genere autem quævis ususfructus cum proprietate conjunctio sive confusio consolidatio est. Nam & morte fructuarii, & capitis deminutione, & non utendo consolidatur ususfructus cum proprietate, *l. 3. in fin. de usufr. accresc.* §. *seq. eod.* Est autem hæc species amissionis & ipsa ex natura ususfructus. Nam cum in una & eadem persona proprietas & ususfructus concurrunt, solidam unus proprietatem nanciscitur, neque amplius jus utendi fruendi separatum intelligi potest, hoc est ususfructus formalis, de quo hic quæritur, perit.

Cedendo extraneo nihil agitur) Cedendo scilicet in jure: nam extra jus, etsi verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere, atque jus aliquod alteri constituere, etiam fructuarium legimus posse ita jus suum cedere extraneo, ut patiatur eum uti frui, *l. ususfructus 57. sol. matrim.* & eum, cui habitatio legata est, posse eam alteri cedere, hoc est, locare, aut vendere, *l. cum antiquitas 13. C. de usufr.* Diversi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur*, Wesemb. *par. hoc tit.* Pinel. *1. de bonis matern. p. 3. num. 39.* Jo. del Castill. *tract. de usufr. cap. 69. num. 20. & seq.* Bronch. *1. ass. 91.* sic accipiunt, quasi dixisset Imp. cedendo extraneo ususfructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum transit, nulli ea cessio aut damnum affert aut lucrum: quibus accedit & Ant. Matthæus. Verùm ego existimo, quod
4 & frequentius placuit, id quod hic dicitur, nihil agi, referendum esse ad intentionem cedentis & diversum exitum cessionis, quia ususfructus in extraneum, qui cessus est, non transit, sive quia per cessionem extraneo factam non finitur transeundo, ut fit cum ceditur domino proprietatis: nihilominus tamen ex accidenti & præter mentem cedentis contingere, ut & hic finiatur, atque ad proprietatem redeat, cùm à persona discedere sine interitu suo non possit, *l. vel si 15. fam. erc.* Atque ita in terminis disertè responsum est à Pomponio, *l. si ususfructus 66. de jur. dot.* Quæritur eo loco, qua ratione ususfructus in dotem marito datus à domino proprietatis, soluto matrimonio, mulieri sine fraude ipsius reddi possit, & ait Jureconsultus, à fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, & si extraneo cedatur, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quia igitur in proposito cessio mulieri damnosa foret recurrente usufructu ad proprietatem, hoc consilii Jureconsultus dat, ut ususfructus mulieri locetur, vel vendatur uno nummo; ita fore, ut ipso jure penes maritum remanente, facultatem fructuum percipiendorum mulier consequatur. Hoc responsum non satis pensiculatè examinasse videntur auctores paulò ante memorati, dum negant, ex eo effici (quod nos dicimus) usumfructum statim ut cessus est extraneo, ad proprietatem redire: sed hoc saltem, rediturum suo tempore, scilicet morte fructuarii aut aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum est, remedio, quod Jureconsultus suggerit, adhibito. Sed & quod ait, eo demum adhibito *jus* ipsum penes maritum remanere, certum argumentum est eo omisso non remanere. Postremò si non statim post cessionem cum proprietate ususfructus conjungitur, nullum mulieri præjudicium maritus cedendo faciet, consequeturque mulier id ipsum, quod quærebatur, & quo nihil amplius desiderare potest, perceptionem fructuum, usque dum morte mariti ususfructus finiatur. Quorsum igitur consilium Jureconsulti? Aut cur negat in proposito quicquam transire? Non est contrarium, quòd fructuarius jus suum cuivis extraneo vendere, aut gratis etiam concedere potest; §. 1. *inf. tit. prox. l. 12.* §. 2. *l. non utitur 39. de usufr.* Nam qui vendit usumfructum, aut alteri concedit, non hoc agere intelligitur, ut jus omne totum, quod habet, à se dimittat, & transferat in alium, sed ut retento jure, quod ex constitutione personæ ejus inhæret, facultas tantùm fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quamdiu jus illud in persona sua durabit. Quod & ipsum etiam tunc obtinet, cum ususfructus venditus est domino proprietatis, *l. Pomponius 29.* §. *1. hoc tit. quib. mod. us. am.* indeque est, quod finiri dicitur ususfructus, non si vendatur proprietario, sed si cedatur. Quod nescio an quis alius animadverterit. Cessio autem vetus est & proprium alienationis genus, quæ fiebat in jure apud prætorem, quaque id agebatur, ut à cedente jus omne, quod habebat, penitus abiret, & transferretur in eum, cui cedebatur. Cujus meminit Cic. *in Top.* & Boet. *ibid.* item Ulp. *in frag. tit.*

tit. 11. *&* 19. Paul. 5. *sentent.* 6. Igitur in proposito, discedente per cessionem à persona cedentis fructuarii omni jure, quod ante habebat, duorum alterum evenire necesse est, ut aut in eum, cui cessus est, usufructus transeat, & novus constituatur fructuarius aut revertatur ad dominum proprietatis: illud ut fiat, ratio juris non finit: relinquitur ergo alterum, ut usufructus ad proprietatem recurrat, & consolidatione finiatur. Similia sunt, quæ de tutela & hæreditate cessa, notat Ulpian. *d. tit.* 11. §. 6. *&* *d. tit.* 19. §. 13. Non adeo magni momenti sunt, quæ porro huic sententiæ objiciuntur, veluti quòd ea, quæ personæ cohærent, facto ejus mutari non possunt; *l. ea quidem*, 5. *Cod. si manc. ita fuerit alien.* Nihil enim minus hìc verum est; alioqui ne ipsi quidem domino usufructus cedi posset. Item quòd non præstent impedimentum, quæ de jure non sortiuntur effectum, *cap. non præstat. de reg. jur. in* 6. Siquidem novum non est, ut quæ de jure non sortiuntur effectum, quod aliis noceat, noceat tamen ei, qui fecit, *l.* 3. *qui & à quibus man. pr. sup. quibus ex ea man.* junct. *l.* 5. *C. de serv. pign. dat. man.* §. *ult. infr. de donat. l. hæres.* 28. *qui & à quibus man.* junct. *l. si quis inquilinos.* 112. §. 1. *de legat.* 1. *l. actione.* 65. §. 3. *pro soc.* sufficitque ad hoc, peccatum esse ignorantia juris, licèt delictum propriè non versetur, *arg. leg. reg.* 9. *in pr. &* §. *si quis.* 5. *de jur. & fact. ign. l. cum quis.* 10. *C. de jur. & fact. ign. l. error.* 6. *Cod. ad leg. Falc.* & passim alias. Quæ non valent, ut fiunt, puniuntur, quia non fiunt uti oportet, *tit. de his quæ ut indign. auf. tit. de jur. fisc. & similib.* In summa non est novum, ut quod de jure non sortitur effectum ratione unius, ut ei prosit, sortiatur tamen respectu alterius, ut ei noceat. Exempla in *leg. planè* 34. *pr. de legat.* 1. *l. licet* 20. *l. legatum.* 24. §1. *de adim. leg.* sicut nec illud, ut qui male agit, nihil agere dicatur, *pr. Inst. quibus ex cauf. man.* junct. *l.* 5. *de ser. pign. dat. man. l.* 13. *de donat.* junct. *l.* 37. §. *ult. de acq. rer. dom.*

Ne areæ quidem usumfructum deberi) Supervacuum foret monere, sublata re fructuaria usumfructum extingui, si nihil aliud eo significaretur, quàm finiri usumfructum interitu totius rei. Sed sciendum est, hoc etiam pertinere ad eas res, quarum species interior & forma mutatur, licèt post mutationem pleræque partes maneant, quæ erant ejusdem corporis, in quo usufructus consistebat: nam & hìc definit esse quod prius fuerat, perinde usufructus extinguitur, ac si ea in totum sublata esset, nullaque ejus pars amplius in rerum natura existeret. Quod multis rerum exemplis declaratur, *l.* 5. §. *pen. & ult.* & porro usque ad *l.* 13. *item l. pen. & ult. hoc tit. l. qui usumfructum*, 36. *de usufruct.* Cæterum etsi magna mutatio in re facta sit, si tamen ea priorem rei speciem non prorsus tollat, placet usumfructum manere, *l.* 8. *&* 2. *seq. hoc tit. l. si cui* 53. *de usufr.* Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta, forma seu spe- 5
cies prior mutata intelligi debeat. Et de eo statuendum ex mutatione nominis, tenendaque generalis hæc notio, si talis mutatio inciderit, ut res propterea in aliud nomen transeat, prius amittat, formam etiam rei mutatam censeri, & usumfructum interire; sin post mutationem vetus nomen maneat, non videri speciem mutatam, atque usumfructum retineri. Non sanè quia nomen quidquam pertineat ad substantiam rei, sed quia ex nomine, ut ex posteriori, quale quid sit, intelligitur: à forma enim res nomen accipit, atque mutata iterum amittit, indeque est, quòd per nomina dicimur cognoscere & dignoscere rerum naturas, auctore Platone *in Cratyl.* Ad priorem mutationis speciem pertinet exemplum, quod hìc & in *d. l.* 5. §. *pen.* affertur de ædibus, quarum usufructus legatus erat, sublatis: nam sublata superficie, quia ædes amplius non sunt, aut nominantur, forma rei mutata intelligitur: ideoque nec areæ, quæ adhuc superest, licèt pars ædium fuerit, *l. domo* 21. *de pign. act. l. qui res* 98. *sub fin. de solut.* usufructus debetur. Ex contrario quoque si in area, cujus usufructus legatus est, domus posita sit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus, & usumfructum interire, *d. l.* 5. §. *ult.* Similiter si quadrigæ usufructu legato, vel unus ex equis decesserit, vel gregis usufructu legato numerus ovium ad eam paucitatem redactus sit, ut gregem non constituat, una cum nomine quadrigæ aut gregis usufructus extinguitur, *l. quid tamen* 10. §. *ult. l. ult. eod.* Eamdemque rationem habet, quòd pecorum usufructu relicto, si quæ pecora moriantur, adeo pereat usufructus, ut nec carnis, aut corii supersit, *l. pen. quib. mod. us. am.* Posterioris generis exemplum est, si fundi usufructus legatus sit, & villa diruta: nam hìc cum nomine fundi, cujus villa tantùm accessio est, usumfructum manere placet, *l.* 8. *l.* 9. *& d. l.* 10. *in pr. eod.* Item si pars ædium in quibus usufructus constitutus erat, licèt maxima, corruerit, pars tamen homogenea, quæ superest, ut nomen ita & usumfructum retinet etiam totius soli, *l. si cui* 53. *hoc tit. de usufruct.* Quæritur autem 6
hu-

hujus juris ratio, & omnino cur placeat, vel aliquando usumfructum rei mutatione extingui, & in iis etiam partibus, quæ mutato toto adhuc extant: nam in cætero jure generaliter atque indistinctè receptum est, ut re mutata, qualicumque mutatio facta sit, si quid adhuc restet, in eo jus idem, quod prius in toto constitutum erat, remaneat. Ut ecce: Insula legata combusta est, area nihilominus vindicari potest, *l. si grege 22. de legat. 1.* domus pignori obligata est, sublata superficie area pignori obligata manet, *l. domo 21. de pign. act. l. Paulus 29. §. 2. de pignor.* Grex legatus est: & postea numerus ovium in tantum decrevit, ut grex non intelligatur, tamen capita, quæ supersunt, vindicari possunt, *d. l. 22. de legat. 1.* Pecora legata mortua, etiam τὰ λείψανα ex legati causa debentur, *l. quid ergo 53. §. sed si 5. de legat. 1.* junct. *l. solum 49. de rei vind. l. 14. §. 2. de cond. furt.* Cur omnia contra in legato usufructu rei? Probabile est, quod D. Bachovius respondet, (dicam autem, si possum, explicatius) ideo in proposito aliud in usufructu, aliud in proprietate legata placuisse, & usumfructum amitti, quia incidente ea, quam dixi, mutatione, res amplius eum usum præstare aut pati non potest, qui fuit tempore testamenti facti & quem solum testator legasse censeri debet, non alium quem aliquando res mutata præbere posset: atque omnino finito eo usu, quem tunc res habebat, solidam proprietatem ad eum pertinere voluisse, cui eam nudam interim reliquerat. Constat autem, longè alium usum esse ædium, alium areæ, alium gregis sive universitatis, alium singulorum capitum, alium pecoris, alium corii, *l. quid ergo 70. §. 3. de usufruct.* Cùm verò res ipsa aut proprietas rei legatur, nihil est in re legata, aut ex eo, quod dici possit legato non contineri. Proprietas uniusmodi est, eadem totius & singularum partium: unde & toto dissoluto aut mutato, partium, quæ supersunt, proprietas manet. Eademque ratio est rei nexæ seu pignori obligatæ. Planè si universorum bonorum usufructus legetur, quæcumque in toto aliquo mutatio contingit, semper partis, quæ post mutationem manet, usufructus debetur, & talem qualem pati potest, præstabit, scilicet quia sub appellatione bonorum etiam separatim partis illius usufructus legatus est, *l. quotiens 34. §. ult. de usufr.*

TEXTUS.
Si finitus sit.

4. *Cùm autem finitus fuerit totus usufructus, revertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.*

NOTÆ.

4. *Finitus fuerit totus*) Disertè *totus*. Quippe qui inter se jus habent accrescendi, *l. 1. & tot. tit. de usufr. accresc.* Vide fusius in *comment.*

COMMENTARIUS.

1 *Propria juris accrescendi inter plures in eumdem usumfructum conjunctos.*

TOtus usufructus) Cum usufructus in totum finitus est, ad proprietatem, unde discesserat, revertitur: atque ex eo tempore, qui ante formalis erat, causalis incipit esse, ut vulgus Interpp. loqui amat. Ait autem diserte, si *finitus fuerit totus*: nam si pro parte tantùm, ita demum pro parte amissa ad proprietatem redit, si non plures in eumdem usumfructum conjuncti sunt, aut conjuncti omnes eum amiserunt, *l. 1. pr. & §. 3. l. 3. de usufr. accresc.* Conjuncti inter se jus accrescendi habent: de quo jure ex professo dicendum sub *§. si eadem 8. inf. de legat.* tantùm 1
quæ propria hujus juris sunt in usufructu hic obiter notabimus. Sunt autem maximè duo: unum est in parte deficiente, & accrescente, in quo hoc singulare, quod & quæsita & deinde amissa jus accrescendi admittat, sive conjuncto accrescat, *d. l. 1. §. 3.* alterum in persona ejus, cui accrescit, ut & jus accrescendi habeat, qui suam partem vel non agnovit, vel agnitam amisit, *l. 10. eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus hæredibus ad eamdem hæreditatem vocatis. In his enim sic jus est, primùm ut nunquam unius portio, quam semel agnovit, alteri collegatario vel cohæredi accrescat; deinde ut ita demum deficientis seu legatarii seu hæredis portio accrescat alteri, si is portionem suam agnovit, & agnitam habet, *d. §. si ead. 8. l. qui ex duabus 53. §. 1. de acquir. hær. l. 3. §. ultim. & 2. ll. seqq. de bon. possess. l. si ex pluribus 9. de suis & leg. hær. l. un. §. his ita 10. & seq. C. de cad. toll.* Diversi juris rationem ex Celso & Juliano indicat Ulp. *d. l. 1. §. 3.* quia usufructus quotidie constituitur & legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicari potest, hoc est, quo nondum quæsita est. Hæc una ratio utrumque hoc, quod proprium in usufructu esse diximus, efficit, ut scilicet & amissus alteri conjuncto, utpote cui

cui is adhuc legari intelligitur, accrescat, & accrescat etiam non agnoscenti vel amittenti portionem suam, quippe cui & ipsi ea portio, quam non amisit, adhuc legari intelligatur. Hinc illa veterum, *ususfructus non portioni, sed homini accrescit, l. 14. §. 1. de exc. rei jud.* Item, *portio fundi velut alluvio portioni, personæ fructus accrescit.* Papin. *l. si Titio 33. in fin. hoc tit. de usuf.* Consul. Don. 10. *comm.* 23. Joann. Suev. 1. *de jur. accresc.* 4. & Clarif. JC. B. M. D. Corn. Svvanemburg. in libello suo posthumo *de jur. accr. cap.* 4.

TITULUS QUINTUS.

DE USU, ET HABITATIONE.

Dig. Lib. 7. *Tit.* 8. *C. Lib.* 3. *Tit.* 33.

Continuatio: quid sit usus, quid uti, quæ onera usuario incumbant?

EX tribus servitutum personalium formis una & præcipua superiore titulo explicata est, ususfructus: sequuntur duæ reliquæ usus & habitatio; ac de utraque conjunctim nunc agitur hoc in titulo. Primùm de usu, quibus modis constituatur & amittatur, digito ostenditur; mox quid contineat, accuratè docetur exemplis usus fundi, ædium, servorum, pecorum; postremò tractatur de habitatione. Quo peracto, aperitur aditus ad modos acquirendi jure civili. Usum sic rectè definiemus, jus alienis rebus utendi, salva rerum substantia. Usus est jus, sicut & ususfructus, & prædiorum quoque servitutes jura sunt, & dicuntur respectu ejus cui debentur. Est jus utendi, non etiam fruendi: nam fructui quidem usus inest, aut usui fructus deest, *leg.* 14. §. 1. *hoc tit.* Uti, est, rem tractare & exercere ad commoditatem aliquam ex ea percipiendam, quæ secundùm rei conditionem inde percipi potest. Atque hoc usui commune est cum usufructu, quod uterque in commoditate ex re percipienda versatur: verùm hoc interest, quòd nudus usus quotidiana utentis sufficientia & consumptione terminatur, ususfructus omne rei emolumentum continet. Est igitur usus jus utendi dumtaxat, non etiam fruendi: sed de eo postea magis serio. Cætera definitionis etiam usufructui conveniunt: nam nec usus rei propriæ separatus intelligitur, & usuarius ita etiam uti debet, ut ne rem consumat aut transformet, causamve proprietatis deteriorem faciat, eoque nomine cavere, scilicet adepta fructus causa, usurum se boni viri arbitratu, & cum usus finitus erit, restitutum quod inde extabit, *l.* 5. §. 1. *l. pen. us. quem. cav. l. pen.* §. 2. *hoc tit.* quod mirum est negare D. Giphanium. In aliis oneribus hæc distinctio placuit, ut si omnis fructus ad usuarium redit, etiam onera, puta tributa, & impensas refectionis culturæve, ferre debeat; si ad proprietarium, hunc onera sequantur; si verò ad utrumque, pro rata dividantur, *l. si domus* 18. *eod.*

TEXTUS.

Communia de usufructu & usu.

Iisdem illis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet, iisdem illis modis finitur, quibus & ususfructus definit.

COMMENTARIUS.

1 Quid inter usum & usumfructum interfit, tum in constituendo, tum in amittendo?

AIt, iisdem modis nudum usum constitui solere, iisdemque modis amitti, quibus ususfructus constituitur & definit, idemque traditur *l.* 3. *ult. de usuf.* & de constitutione, *l.* 1. §. 1. *h. t.* Constituitur igitur & nudus usus pactionibus & stipulationibus; maximè verò testamento, sicut & ususfructus, §. 1. *tit. præc. l.* 3. *l.* 6. *de usufr. tot. t. de usu. & usuf. leg.* Et testamento quidem ipso jure, pactionibus autem accedente facto seu traditione constituentis, puta si usuarium induxerit in fundum aut ædes, aut patiatur eum uti, *d. l.* 3. *de usuf.* Sed & longa quasi possessione nostra usus acquiri potest, sicut cæteræ servitutes omnes, *l. ult. C. de præsc. long. temp.* Amittitur morte usuarii, maximaque & media capitis deminutione, non utendo, consolidatione, interitu & mutatione rei usuariæ, quib. sc. modis usumfructum extingui constat, §. *pen. t. præc.* Est tamen quod inter hæc duo & in constituendo & in amittendo intersit. In constituendo, quòd ususfructus etiam

etiam pro parte constitui potest, usus non æquè, *l. 5. de usufr. l. usus. 19. hoc tit.* Etenim frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus; sed usus cujusque semper in solidum est, *d. l. 19.* junct. *l. 5. §. ult. com.* Hoc autem est ex eo, quod usus tantùm necessitati servit, & solo utentis facto ac consumptione terminatur, nihil relinquens quod dividi possit: in quo similis est servitutibus prædiorum, quæ & ipsæ, quia in solo usu consistunt, & facto terminantur individuæ, *l. via. 17. de serv. l. 1. §. si ususfructus. 9. ad leg. Falc.* Ususfructus autem dividuus est: quia licèt & ipse in facto ab initio consistat, facto tamen solo non terminatur, sed post se relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem, cujus utique divisio esse potest, *d. l. 1. §. 9. sed ususfr. 81. ad l. Falc.* Cujac. Don. & DD. vulg. *ad l. stipulationes. 72. de verb. obl.* Gomes. 2. *res.* 10. *num.* 18. Castill. *tr. de usufr. cap.* 31. Ad hæc usumfructum quoque constitui legimus in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, si judex alteri fundum, alteri usumfructum adjudicaverit, *leg. 6. §. 1. de usufr. l. 16. §. 1. fam. erc. l. 6. §. 10. comm. div.* de usu nihil tale, non magis quàm de servitutibus prædiorum. In amittendo hoc interest, quòd usus amissus semper ad proprietatem redeat, numquam ad conjunctum, ut aliquando ususfructus. Quinimmo plures in eundem usum conjungi non possunt: nam qua ratione usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Eapropter si duobus ejusdem rei usus legatus sit, nulla intelligitur conjunctio aut usus inter eos communio, nec concursu partes faciunt. Et ideo altero deficiente nihil alteri accrescit, sed quod omissum aut amissum est, statim ad proprietatem redit: ac neque communi dividundo judicio locus est inter duos ejusdem rei usuarios, *leg. 1. com. div.* ut inter plures ejusdem rei fructuarios, *l. 7. §. 10. eod. tit.* nisi utili, *arg. leg. 32. de stip. serv.* & tum res ita transigetur, ut uni usus totus adjudicetur, & is alteri vicissim condemnetur in præstationem partis æstimationis, *leg. 10. §. 1. comm. div.* aut ut utendi necessitas inter eos temporibus dividatur, *per l. arbor. 19. §. ult. d. tit.*

TEXTUS.

Quid intersit inter usumfructum & usum fundi.

1. *Minus autem juris est in usu quàm in usufructu: nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur quàm ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis ad usum quotidianum utatur: inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: quam is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere.*

NOTÆ.

1. *Minus juris*) Id est, minus emolumenti: nam usus quotidiana utentis sufficientia & consumptione terminatur, *leg. 12. §. 1. h. t.* ususfructus omnem rei utilitatem continet, *leg. 7. leg. 9. D. de usuf.* Denique fructuarius desruitur. Desrui est omnem rei fructum percipere. Fest.

Hactenus morari) *L. 11. eod.* sed explica hæc ex *l. 10. §. ult. l. 12. pr. eod.*

Hæc omnia facere) *L. 12. §. 2. leg. 38. leg. 67. D. de usufr. l. 8. §. ult. D. de per. & com. res vend.* retento scil. jure, quod personæ ejus inhæret, *l. 66. D. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1 *Usuarium etiam ex fructibus industrialibus sumere posse, quantum ad victum sibi sufficiat, & qua conditione?*
2 *Modus hujus juris proprius; & quàm largè aliquando cum usuario agatur?*
3 *Quarum partium fundi possessio quodammodo penes usuarium.*
4 *Usuarium rem utendam alii locare aut vendere non posse: nisi forte ex conjecturis appareat, hoc quoque jus ei concessum.*
5 *Fructuarius posse jus, quod in re fructuaria habet, alteri locare, vendere, gratis concedere: retento sc. jure, quod ex constitutione personæ ejus inhæret.*

HOc §. & 3. *seqq.* docet Imperator, quid rei cujusque usus contineat, & quibus in rebus discrepet ab usufructu: idque exemplo veterum declarat propositi ordine quatuor speciebus, usu fundi, ædium, servorum, pecorum: unde reliquarum rerum usus satis intelligi potest. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium usum ex æquo pertinet. Ait, minus juris esse in usu quàm in usufructu, id est, minus emolumenti, ἧττον κέρδος; siquidem usus cujuscumque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit, quam quantum usuario necessarium est, eique sufficit ad usum & consumptionem quotidianam,

nam, *arg. hujus* §. *&* *l. plenum* 12. §. 1. *eod.* Ususfructus autem extra hanc sufficientiam & consumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi potest, sine exceptione continet, vid. *tit. præc. in pr.* Denique & usus fructui inest, & ideo si ususfructu legato, usus adimatur, placet nullam esse ademptionem: &, si tibi usus, mihi ususfructus legeretur, concurrere nos in usu, *l. per servum.* 14. §. 1. *&* 2. *hoc tit.* In summa utimur ad indigentiam, fruimur etiam ad compendium: uno verbo, fructuarius defruitur. Defrui dicebant antiqui, teste Festo, ut deamare, deperire, significantes omnem fructum percipere. Planè in pecunia & cæteris rebus, quæ usu consumuntur, nihil interest, usus legetur, an ususfructus: quia usus in his rebus tantum continet, quantum ususfructus, *l.* 5. *ult. l.* 10. §. 1. *de usufr. ear. rer. quæ us. con.* Vinn. Quemadmodum autem minus juris est in usu, quam in usufructu; ita & minus oneris ei inest. In usufructu enim onera ferre usufructuarium, qui emolumentum omne capit, æquum est. In usu, quia communia sunt commoda proprietarii & usuarii; onera quoque utriusque communia sint, oportet. *l.* 18. *ff. b. t.* Hein.

1 *Oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis*) De his nulla fuit inter Veteres controversia. Dubitatum de foliis, oleo, frumento, frugibus: sed obtinuit contra Nervæ sententiam, ut etiam ex his usuarius sumere posset, quod ad victum sibi & familiæ suæ sufficiat, & generaliter ex omnibus quæ in fundo nascuntur, *d. l.* 12. §. 1. *b. tit.* Malim tamen eo loco pro *foliis* legere *oleis*, cum D. Cujac. *in not. ad hunc. loc. &* 9. *obs.* 37. Don. 10. *comm.* 25. ut oleæ & oleum conjungantur cum cæteris, quæ majus proprietarii onus continent. Nam ineptum videtur atque iniquum, usum foliorum arborum denegare ei, cui *pomis*, fœno, olere, lignis uti conceditur: & quod de usu foliorum ex Catone & Columella refert Ræyard. *conj.* 4. pecora illis ali solita, hoc vel magis ad fœnum pertinet. Stramenta quoque jumentis usui sunt & esui, & poma, & olera, familiæ domini rusticæ. Nullo autem colore, quod Jureconsultus de foliis indefinite enunciat, trahi potest ad folia Barbarica aut Indica, aut cum Zas. *par. hoc. tit. n.* 12. (unde transtulit Cantiuncula in paraphrasim suam) ad folia mori, quam fronde nova pubescente depascuntur bombyces; aut palmæ, ex cujus foliis in quibusdam partibus lanam trahi, & validos funes in Oriente fieri testatur Plin. *lib.* 13. *cap.* 4. *& lib.* 16. *c.* 24. Et cur non addiderunt scopas etiam è palma fieri solitas, quod ostendit Martial. *lib.* 14. his versibus:

In pretio scopas testatur palma fuisse:
Sed pretium scopis nunc analecta dabunt.

Et fortassis hic usus non minus Europeæ quam Asiaticæ & exoticæ fuit. Cæterum ita demum existimo, vinum, frumenta, & cæteras fruges in usum venire, si vendemiarum sementisque & arationis pro sua parte usuarius sumptus ferre velit, quod etsi nusquam scriptum est, humanitas tamen suggerit: & usu fundi relicto, si non major sit fructus, quam qui legatario usui sit, æquum est, ipsum solum onera culturæ sustinere, *per l. si domus.* 18. *hoc tit.* Manifestè autem fallitur Wesemb. *par. hoc tit. n.* 2. dum simpliciter negat, usuarium uti posse frumento aut cæteris fructibus industrialibus, contra textum expressum *in d. l.* 12. §. 1. *eod.* & cur, cum impensas sementis præbet, non utatur terræ matris largitione? Vinn. Lectionem Florentinam *l.* 22. §. 1. *ff. b. tit.* acriter defendit Guil. Fornerius, ostendens, ex foliis facta esse unguenta. Sed dubito, de his foliis sensisse Nervam. Jac. Cujacii conjectura ingeniosa est, sed codices MSC. non addicunt. In Charondæ quodam codice pro *foliis* lectum *doliis*. Et ita etiam Connanus edidit. Eam emendationem ego haud malam putarem, si commode dolia jungerentur stramentis, oleo, frumento, frugibus. Retineri itaque potest vulgata lectio *foliis*, quibus ruri haud raro utuntur, quæ sæpe substernunt pecoribus. Froendem, adeoque & folia, bobus dabant veteres. Phædr. *Lib.* 2. *Fab.* 8. Hein.

Ad usum quotidianum) Modus utendi hujus juris proprius, dum ex his omnibus sumat usuarius, quod ad victum sibi suisque sufficiat, non amplius, *d. l.* 12. §. 1. Quantum autem cuique sufficiat, id æstimandum ex dignitate & conditione utentis: neque enim ita usus restringendus est, ut non etiam pateat & honestati vitæ & dignitati. Quin etiam longius aliquando itur, & tam large cum usuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantum cum familia, sed etiam cum convivis & hospitibus uti ei permittatur, hactenus tamen, ut oleo, frumento, & cæteris frugibus cum convivis & hospitibus utatur in villa: cætera, quorum non admodum grave onus est, si abundent in fundo, etiam in oppidum deferri hujus rei gratia possunt, *d. l.* 12. §. 1. Enimvero necesse non est; sumere singulis diebus, quod in singulos eos sufficiat: sed ex penu, hoc est, ut ego interpretor, id est, quod ad penum pertinet, capere liceat, quod sufficiat in annum, 2

quam-

quamvis eo modo fructus consumuntur, quod facile evenire potest usu mediocris prædii relicto; nam usuarii prior semper ratio est, *l. si alii. 42. de usufr.* in usu domus & servi hoc accidit, ut nihil alii fructum nomine supersit, *l. fundi. 15. hoc tit.* D. Tuld. *comm. hic cap. 2.* eademque causa est navis, vestimentorum, vehiculi, & similium rerum, quarum fructus in usu est. Cæterum, usuario intra annum mortuo, quod ex penu superest ad hæredem ejus non pertinebit; desit enim posse uti, neque usuarius fructus, quos decerpsit, aut collegit, suos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario; sed tantùm jus iis modicè utendi habet. Illud constat, non posse ei, qui usum habet, objici, quòd pecuniis abundet, unde sibi quæ opus sunt aliunde, quàm ex re usuaria comparare possit.

3 *Hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit*) Possessio earum fundi partium, quæ ad fructum ferendum comparatæ non sunt, quodammodo penes usuarium est: placet enim, eum solum usurum cellis vinariis & oleariis, dominum invito eo non usurum, *l. 10. in fin. hoc tit.* Deambulandi quoque & gestandi in locis ad eam rem paratis, solus jus habet, *d. l. 12. §. 1. eod.* Prætorio autem, hoc est, villa urbana, sive domo, non fundi, sed domini causa parata, non utetur, nisi & nominatim hujus usus relictus sit, & tum quidem utetur solus, *d. l. 12. in pr.* Sed villam suo jure occupabit, & dominum illo venire prohibere poterit: tantùm pati cogetur illic habitare colonum & familiam rusticam, quæ agri colendi causa illic sit, sed nec impedire poterit quominus proprietarius ipse eo veniat ad fructus percipiendos, & per tempora fructuum colligendorum ibi habitet, *d. l. 10. §. ultim. & d. l. 12. in pr.* Hinc explicandum, quod ex Cajo *l. 11. eod.* Justinianus hic tradit, hactenus usuarium in fundo morari posse, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento.

4 *Nec ulli alii jus, quod habet, locare aut vendere*) Quod hic traditur, etiam al aliarum rerum usum pertinet, *l. 8. & d. l. 12. §. 4. & ult. eodem.* Et hanc habet rationem, quòd in usu spectatur persona ejus, cui relictus est, & modus familiæ ejus, ut pro conditione & dignitate sua utatur, quod fieri non potest, si alii venderet; nam emptoris alia potest esse consideratio & multum diversa à conditione usuarii. Id tamen cum hoc temperamento accipiendum est, nisi ex conjecturis appareat, testatorem jus quoque locandi aut vendendi usum concedere voluisse. Cujusmodi conjecturæ sumi possunt vel ex conditione legatarii, vel ex genere relicti. Nam si aurigæ usus equorum legatus sit, cùm testator sciret eum hujus esse instituti & vitæ, placet eum etiam locare equos posse: quia de hoc etiam usu testator videtur sensisse, & retulisse usum ad rationem vitæ legatarii, *d. l. 12. §. 4.* Si silvæ usus legatus sit, Adrianus statuit, fructum quoque legatum videri: quia nisi liceret cædere silvam & vendere, quemadmodum usufructuariis licet, legatarius nihil habiturus esset ex eo legato, *l. pen. eod.* Quod plerique sic accepere, si silva remotior sit ab oppido, ut si cogatur legatarius ipse eam cædere, & quod excidit usus sui causam domum comportare, plus impensurus sit, quàm si in propinquo ab aliis emeret: neque ita intelligendum, quasi legatario liceat cædere & vendere tantum, quantum solebat dominus, aut quantum fructuario licet, sed pro modo & ratione usus sui. In universum autem non esse invidendum usuario, Connan. 4 *comm. 5.* Wesemb. *par. hoc tit. num. 3.* existimant, si velit, fructus, quos usus sui causam jam percepit & collegit, alteri vendere aut donare.

Possit hæc omnia facere) Rem utendam fruendam alteri locare, vendere, gratis concedere, 5
l. 12. §. 2. de usuf. etiam invito hærede, *l. 67. eod.* Græci καὶ ἄκοντος τοῦ δεσπότου, ἢ καὶ τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ. Interpretes hoc restringunt ad nudam fruendi commoditatem: cæterum veteres amplius quid intelligere videntur, qui sic loquuntur, ut dicant, ususfructuarium, jus, quod habet, *l. 11. hoc tit.* usumfructum, *l. non utitur. 38. eod.* jus utendi fruendi, *l. 8. §. ult. de per. & com. rei vend.* posse alteri concedere, locare, vendere. Et illud tamen certum est, non posse fructuarium ullo modo alteri constituere usumfructum, hoc est, novum in suum locum fructuarium substituere, nisi volente & sese accommodante domino proprietatis, *l. usufr. 57. solut. matrim.* Dicendum videtur cum domino Bachovio, duplex quodammodo jus fructuarium habere. Quorum unum merè personale est, ita infixum personæ ejus, cui ususfructus primo constitutus est, ut ab eo avelli nequeat: unde etiam cum de amittendo aut finiendo usufructu quæritur, ejus solius persona semper spectatur, *d. l. 8. §. ult de pur. & com. rei vend.* Alterum reale consistens in usu & fruitione rei fructuariæ, quod à fructuario abire & in alium transferri possit, licèt à personali illo jure promanet, inque eo ita radicetur, ut necesse sit cum illo extingui. Illustrat hanc distinctionem exemplo hæredis & creditoris, in qui-

quibus similiter jus gentium animadvertimus: unum, quod personale est, atque ossibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, hæredi ex aditione hæreditatis, creditori ex obligatione quæsitum: alterum reale in re quæsita aut debita. Illud in eo cernitur, quód qui semel hæres extitit, semper hæres maneat, ac proinde vendita hæreditate nihilominus actiones hæreditarias ipse exerceat & excipiat, *l. 2. Cod. de hær. vel de act. vend.* creditor actione vendita jus ipsum agendi adhuc retineat, *l. 3. C. de novat.* Hoc in eo, quòd hæres jus omne, quod in re habuit, in emptorem hæreditatis transfert, *l. 2. in pr. & passim de hære. vel act. vend.* qui ob id vicem hæredis obtinere dicitur, *d. l. 2. §. antepen.* & utilibus etiam actionibus suo nomine experiri potest, ut & is, cui nomen venditum aut legatum est, *l. si cum. 16. de pact. l. 5. 7. 8. C. de hær. vel act. vend. l. ex legato. 18. C. de legat.* Potest igitur fructuarius, ut eò redeam, etiam jus quod habet in alium transferre: utique tamen non illud, quod ex constitutione personæ ejus inhæret; sed eo retento, quod extra personam ejus consistit, quod habet in re fructuaria. Cùmque nullo modo efficere posit, ut totum jus quod habet à se habeat, atque in extraneum transferatur, ne hoc quidem agere voluisse in dubio censeri debet; sed ubi causa sive titulus non obstat, sed appellatione usufructus aut juris utendi fruendi nihil amplius transferre, quàm jure suo potest, veluti si locavit usumfructum aut jus utendi fruendi, si vendidit, donavit, *d. l. non utitur. 38. de usufr. l. 11. hoc tit. d. l. 8. §. ult. de per. & comm. rei vend.* De cessione autem in jure idem dici non potest, quia per eam necessario jus omne à cedente abibat, secundùm ea, quæ tradita sunt sub §. pen. superioris tituli.

TEXTUS.

Ædium usus.

2. *Item is, qui ædium usum habet, hactenus habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet; nec hoc jus ad alium transferre potest: & vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat, & cum uxore liberisque suis, item libertis, nec non personis aliis liberis, quibus non minus, quàm servis utitur, habitandi jus habeat: Et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.*

NOTÆ.

2. *Item is*) Hic locus ex variis prudentum responsis consultus est, *l. 2. l. 3. & aliquot seqq. hoc tit.*

Ut hospitem recipere) Ex veteri more hospitii, quod inter privatos contrahebatur. V. Bud. *ad Pand. in d. l. 6. §. 3. de off. proconf.* Salmas. ad *jus Attic. cap. 26.* VINN. Præclara quoque est, quæ de jure hospitii exstat Joh. Schilteri dissertatio addita cum ejus *Manuductione philosophiæ moralis ad juris prudentiam.* Nec tamen soli hìc intelliguntur hospites illi gratuiti, uti hic statuisse videtur Vinnius: sed & mercenarii. *l. 2. §. 1. l. 4. pr. ff. h. t.* Id enim paullo post ipse Vinnius agnoscit in Commentario, ubi Bachovium hæc verba ita interpretantem refellit. HEIN.

Nec non personis aliis) Tandem eò decursum, ut & inquilinum recipere possit, dum ipse quoque inhabitet, *d. l. 2. §. ult.* & pensionem percipere, *l. 4. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Usuarium non prohiberi, dum ipse inhabitet, partem ædium, quam non occupat, alii locare.*

HOc §. ostenditur, quid contineatur usu ædium: latissimè autem hoc declaratur *l. 2. §. 1. cum 6. ll. seqq. & l. pen. §. 1. hoc tit.* De eo nemo dubitavit, quin is, cui ædium usus legatus est, eas inhabitare possit: uti & illud quoque semper constitit, non posse usuarium habitationem alteri locare, vendere, aut gratis concedere, *hoc text. & l. 8. eod.* Circa eum autem, qui ipse inhabitet, quædam quæsita sunt. Veluti, si ædes amplæ sint, & tam angustus usuarius ut eas totas simul occupare non possit, an non licet proprietario partibus iis, quæ vocabunt, uti? Sed placuit, non licere, quia cùm usuarius jus utendi habeat, etiamsi nunc non utatur, postea tamen cum voluerit, uti potest, & alio tempore partes illas occupare, *d. l. pen. §. 1.* Item, an qui ipse inhabitet, possit in partem habitationis alios admittere? de quo mox in explicatione textus.

Nec hoc jus ad alium transferre) Qui usum ædium habet, neque locare, neque concedere habitationem, neque vendere usum potest, *l. 8. hoc tit.* quod non est speciale in usu ædium, sed ad aliarum quoque rerum usum pertinet, ut relatum *sup. §. præc.* Illud speciale est, quòd usus hic locari, vendi, alteri concedi potest, ille non potest. Cæterum utentis nihil interest, usum ædium habeat, an usumfructum; idemque clarissimè patet ex locis supra citatis, & hoc §. junct. *l. 15. eod.*

Quod

1 Quod autem diximus; eum qui usum ædium habet, non posse habitationem locare, aut alteri concedere, hoc ita est, si seorsum locet aut concedat sine se, *d. l.* 8. nam si ipse inhabitet, non prohibetur partem ædium, quam ipse non occupat, aut quia nimis spatiosæ, occupare non potest, alteri locare, ut pensionem percipiat, *l.* 4. *hoc tit.* quod Labeo dicebat, posse eum, qui ipse habitat, inquilinum recipere, *l.* 2. *in fin. eod.* notatur à Proculo, quòd *inquilinum* non bellè appellavit eum, qui cum alio habitat, *d. l.* 4. nam *inquilinus* propriè dicitur, qui in conductis ædibus habitat solus, *l. res pignori.* 37. *de acq. rer. poss. l.* 1. §. 1. 2. *de migrandi.*

Et vix receptum esse videtur) Quod ait, vix receptum esse, ut is, qui ædium usum habet, hospitem recipere possit, accipiendum est, ægrè quidem ab initio id receptum esse propter dubitationes veterum; tamdem tamen obtinuisse, *d. l.* 2. §. 1. Ait *ut hospitem recipere liceat.* Eum qui ipse inhabitat, placuit etiam hospites recipere posse, *d. l.* 2. §. 1. sive gratuitum illis hospitium præstet, sive mercenarium, *d. l.* 2. §. 1. & *d. l.* 4. *in pr.* Nec audiendus Bachovius, qui verbo hospitis eos solos significari existimat, quibus more veterum ex singulari amicitia jus mutuum ἰδιοξενίας, hoc est privati hospitii erat: de quo Bud. *ad l.* 6. §. 3. *de off. proconf.* Salmas. *ad jus Attic. c.* 26. Planè etsi quelibet extraneum convictorem recipere potest; tabernam tamen cauponariam ei exercere non licebit; quæ publicè viatoribus omnibus & peregrinis pateat, *arg. l.* 13. §. *ult. de usufr.*

Cum uxore liberisque suis, item libertis) Domus usu marito refecto, facile admissum fuit, ut maritus illic habitaret cum uxore liberisque suis, cum servis item, & famulis, id est, cum omni familia, *d. l.* 2. *in pr.* Quæstionis autem fuit, an & cum libertis. Sed Labeo & Celsus etiam hoc recipi posse admiserunt, *d. l.* 2. §. 1. Paulus & clientes *l.* 3. *eod.* Ita dicebantur homines liberi, qui se ad potentioris alicujus ductum applicabant, ut ejus patrocinio defenderentur in capite & fortunis, *l.* 7. §. 1. *de capt. & postlim.* susceptos posterior ætas vocavit. Consule Hotom. *in lexic.* Nec mirum hoc admittit, cùm etiam extraneus quilibet, ut jam dictum est, recipi posit, qui modo honesto cum eo, qui usum habet, habitaturus sit. VINN. De clientibus & susceptis Hotomanno accuratius egerunt Fr. Juretus *ad* Symmach. *Lib.* 5. *Ep.* 39. Valesius *ad* Ammian. *Lib.* 30. *cap.* 40. Jac. Gothofredus *in Glossar. ad C. Theod.* & Petr. Pithœus *ad Pariat. LL. Mos. & Rom. tit.* 9. §. 3. Si peregrinus se ad civem Romanum tanquam patronum adplicasset: patronus ei intestato succedebat, quod vocabatur JUS ADPLICATIONIS. Cic. *de Orat.* 1. 49. HEIN.

Cum marito ei habitare) Ne mulieri matrimonio carendum sit, cum uti vult domo, *d. l.* 4. §. 1. Sed etsi usus ædium mulieri legatus sit ea conditione, si à viro divertisset, placuit tamen, cum viro habitaturam remissa ei conditione legati, *d. l.* 8. §. 1. Hoc amplius, si virgini, aut viduæ legatus sit, placuit & postea nubentem cum viro habitare posse, *d. l.* 4. §. 1. nec solùm cum marito, sed & cum liberis, parentibusque & libertis, cum socero etiam habitaturam: atque eò usque processum, ut eosdem quos masculi, etiam mulieres recipere possint, *d. l.* 4. *in fin.* & *l.* 6. *eod.* Possunt ergo & hospitem, sed non aliter, quàm si is sit, qui honestè cum iis sit habitaturus, *l.* 7. *eod.*

TEXTUS.

De servi vel jumenti usu.

3. *Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum opera atque ministerio ejus uti potest: ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est & in jumento.*

NOTÆ.

3. *Ipse tantùm opera*) Non modò tamen ad ministerium suum, sed etiam liberorum suorum & conjugis, *l.* 12. §. *pen. eod.*

In jumento) ὑποζυγίῳ, equo, bove, asino, *v. d. l.* 12. §. 3. & 4.

COMMENTARIUS.

SErvorum usus est in eorum operis: est & in fructibus, hoc est, iis rebus, quæ per servos acquiruntur. Operis uti potest usuarius in re qualibet, nec tantùm ad ministerium suum, sed etiam ad liberorum suorum, & conjugis, *l. plenum.* 12. §. *pen.* & *ultim. hoc tit.* dum tamen secundùm conditionem servi: nam & à fructuario hoc agitur, *leg.* 15. §. 1. *de usufr.* Cæterum ipsum usuarium uti oportet, non aliis operas locare, aut utendas concedere: quamquam parum refert, utrum utatur in re plane sua, an in opere alieno, quòd ipse expediendum conduxerit, *d. l.* 12. §. *ult.* & *l. seq. eod.* De his quæ per servum usuarium acquiruntur, ita placuit, ut si quid acquirat

ex

ex operis suis, id non acquiritur usuario: quoniam nec locare servi operas potest: sin autem ex re usuarii, puta si institor erit, & opera ejus usuarius utatur in taberna ad merces emendas & vendendas, aut si jussu usuarii per traditionem accipiat, usuario acquiritur, cum hoc opera in re usuarius utatur, *l. per servum.* 14. *in pr. l. si ita.* 16. §. 2. *l. servus.* 20. *eod.*

Idem scilicet juris est & in jumento) Jumentorum quoque usus, sicut servorum, in operis est, & quidem solis, ut equorum, mulorum, asinorum, item bovum; habetque in his usuarius omnem usum ad arandum, ad vehendum sub jugo, ad onera ferenda, & ad cætera, ad quæ hæc animalia apta sunt: utetur autem secundùm conditionem cujusque jumenti, & morem regionis, *l.* 12. §. 3. & 4. *hoc tit.* nec locabit, nisi forte de eo etiam usu testatorem sensisse appareat. Quid enim si aurigæ equitii usus legatus sit, cùm sciret testator eum hujus esse instituti? *d. l.* 12. §. 4. Et si forte unius bovis usus legatus sit homini tam inopi, ut alterum emere non possit, nec cum uno fundum suum arare; non puto ei invidendum, ut cum vicino, qui itidem bovem habeat, agat, ut per aliquot dies invicem boves ad opus faciendum commodent, ne legatum ei inutile sit, *arg. l. pen. in pr. eod.* Hoc & Canriuncula, ex quo ad verbum, ut fere omnia, descripsit Mynsing.

Textus.

De pecorum usu.

4. *Sed & si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius; quia ea in fructu sunt. Planè ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.*

Commentarius.

Pecorum vel ovium) Α'μάρτημα Triboniani, nisi legendum *veluti ovium* ἤτοι προβάτων, ut vertit Interpres Græcus, & flagitat locus Pauli *d. l.* 12. §. 2. *hoc tit.* unde hic desumptus est: quippe nemini dubium est, quin appellatione pecorum etiam oves contineantur: & facetum est, quod ex Mynsingero in margine hic adscripsit Pacius, quamvis oves sint species pecorum, non propterea tamen legatum ovium esse speciem legati pecorum: Vinn. Sed vix est, cur hìc reus postuletur Tribonianus ἁμαρτήματος. Pecus generatim omne animal denotat: & ita accipere vocabulum videbitur Vinnius. Sed speciatim *pecudes* vel *pecora* dicuntur capræ & oves, à Græco πόκος, *vellus.* Illustr. à Bynkersh. *de reb. manc. cap.* 6. *p.* 119. Et is sensus hic occurrit. *Pecora vel oves* hic junguntur tamquam synonyma. Hein.

Neque lacte, neque agnis, neque lana) Igitur in usu pecoris, puta gregis ovilis, vaccarum, aut caprarum, minimum est: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum sunt, usuarius sumere potest: sed tantùm ad stercorandum agrum suum, quo pinguior & fœcundior fiat, his uti: & insuper modico etiam lacte; neque enim tam strictè voluntates interpretandæ, *d. l.* 12. §. 2. Cùmque cæterarum rerum etiam possessionem tradi usuario oporteat, ut iis utatur; diversum tamen esse apparet in pecoribus, quæ tantùm ad fructum ferendum habentur.

Textus.

De habitatione.

5. *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus, quam quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem, secundùm Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus, non solùm in eo degere, sed etiam aliis locare.*

Notæ.

5. *Nostra decisione*) Ex constitutione Justiniani habitatio usumfructum ædium imitatur, ut & locari possit; & consequenter etiam vendi, & gratis alteri concedi, jure ipso apud eum, cui constituta est, manente: nihil enim interest. Constitutio extat in *l.* 13. *C. de usufr.*

Commentarius.

1 *Falso à nonnullis negari, habitationem esse speciem servitutis personalis.*
2 *Habitationem tam vendi & gratis concedi, quàm locari posse.*

Restat ultima species servitutis personalis, habitatio. Ea est jus in ædibus alienis habitandi cum personis quoquo modo ad nos pertinentibus. Etenim effectu idem pene est habitatio quod usus ædium: easdemque personas, qui habitandi jus habet, recipere potest, quas usuarius, *l.* 10. *hoc tit.* Constituitur quoque habitatio iisdem modis, quibus usus & ususfructus, iisdemque modis finitur, excepto quòd

quòd non finiatur non utendo, *d. l.* 10. quod ideo placuit, quia habitatio magis in facto, quàm in jure consistit, *l. pen. de cap. min.* ex quo est, quòd legatæ habitationis dies non semel cedat, sed per dies singulos, perinde ut ususfructus in singulos dies relicti, *l.* 1. *pr. quand. dies usf. leg. ced. & arg. d. l. pen. de cap. min.* ut plura hic sint legata, & quasi nova singulorum dierum habitatio, ob quam etiam causam nec capitis diminutione (scilicet minima) olim amittebatur, *d. l. pen. & d. l.* 10. Ex constitutione autem Justiniani nec usus nec ususfructus ita perit, *l. pen. C. de usuf.* ut jam hac in parte nulla amplius sit differentia: quod vix unus aut alter, quod sciam, admonuit.

Quasi proprium aliquod jus) Hoc est, species quædam servitutis personalis, quæ propriè neque usus est, neque ususfructus, licet olim parum distaret ab usu, *d. l.* 10. Hodie per constitutionem Justiniani *l.* 13. *C. de usufr.* ad usumfructum prope accedit. Sunt tamen qui
1 negant, habitationem esse speciem servitutis personalis, & omnino servitutem esse: quoniam duæ tantum personarum servitutes memorantur à Marciano, *l.* 1. *de serv.* Sed ille vel exempli causa duas istas dumtaxat retulit, vel sub usu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectu idem erat quod usus, auctore Ulpian. *d. l.* 10. Quòd autem ajunt, de servitute tam personali, quàm reali proditam esse agendi actionem in rem confessoriam, §. 2. *infr. de act.* eum autem, cui habitatio constituta sit, actionem tantùm personalem habere, vel ex testamento, vel ex stipulatu, vel commodari, aut præscriptis verbis, eo quòd habitatio non sit jus aliquod in re, vel ut illi loquuntur, non in dominio, sed in obligatione consistat; id quoque perperam dici existimo. Nam esse aliquod jus in rem, vel ex hoc ipso loco apparet, & argumento est, quòd conjunctim cum usu & usufructu de hoc jure & hic & in Pand. & C. tractetur. Nullum autem certius argumentum est, habitatione servitutem & personæ esse, quàm servitutis definitio, tum generalis, tum specialis personarum: est enim jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus aliquid pati cogitur in suo, & jus constitutum personæ. Nec obstat, quòd habitatio in facto potius quam in jure consistere dicitur, *l. pen. de cap. min.* Nam idem fere & de usufructu prædicatur, *l. un. quand. dies usf. leg.* Dicuntur enim ista per extenuationem, non quod sint nuda facta: estque similis habitatio usuifructui in dies aut menses singulos legato, *d. l. pen.* Si igitur is, cui in dies aut annos singulos ususfructus legatus est, cum confessoria vindicare non prohibetur; cur non & confessoria pro habitatione competat ei, cui ea legata est? Nec verum est, quod Hotomanus scribit, usum & usumfructum servo aut filiofamilias legatum domino aut patri acquiri, habitationem non acquiri: idque liquet vel ex ipsa, quam citat, *l.* 9. *quand. dies leg. ced.* junct. *l.* 2. & 3. *eod.* Agnosco autem lubens sensus mei hebetudinem, qui videre non possunt, quomodo id, quod de actione commodati aut præscriptis verbis ei, cui habitatio constituta est, danda profertur, probari possit ex *l.* 1. *in fin. pr. commod.* junct. *l. si gratuitam.* 17. *in pr. de præs. verb.* Illud quidem video, tractari illic de actione commodati, aut præscriptis verbis dando domino ædium, qui habitationem commodavit, sive gratis alicui concessit. Sed quid hoc ad rem?

Quamquam habitationem habentibus, &c. etiam aliis locare) Hoc est, quamvis in hoc habitatio ex nostra constitutione usumfructum imitetur, quòd eam alteri locari permisimus, *l. cum antiquitas.* 13. *C. de usufr.* Poterit ergo & vendi & gratis alteri concedi, jure ipso apud eum, qui ab initio constituta est, manente, secundùm ea, quæ diximus §. 1. *sub. eod.* nihil enim interest: & puerile nimis, quod quidem ajunt, ideo habitationem vendi aut donari non posse, quia est jus personale. Nam eadem ratione nec ususfructus vendi aut donari posset: & si nihil aliud obstaret, usus quoque locari aut vendi non prohiberetur: sed in usu spectatur conditio personæ usuarii & indigentia pro modo familiæ ejus: alius autem alio numerosiorem familiam habet, & plurimis indiget, nec una omnium conditio, ut rectè D. Connan. 4. *comm.* 5. Putat Hotomannus, etiam jure veteri habitationem commodari potuisse, licèt usus non potuerit; per *d. l.* 1 *commod. & d. l.* 17. *de præsc. verb.* Sed fallitur πορρῶ ἔχθεσι: non enim de habitatione jam alicui constituta, & ab eo, cui constituta est alteri accommodata illic agitur, sed de commodata aut gratis alicui concessa demum à domino ædium: quomodo locos istos etiam accepit D. Bachovius.

2

TEXTUS.

Transitio.

6. *Hac de servitutibus, & usufructu, & usu, & habitatione dixisse sufficiat. De hæreditatibus autem & obligationibus suis locis proponemus. Exposui-*

posuimus summatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili jure acquiruntur.

NOTÆ.

6. *Legitimo, & civili jure*) Antiquitatis studiosi consulat Budæ. *in Pand. ad l. 2. §. & cum placuisset. 24. de orig. jur.*

COMMENTARIUS.

DUplex transitio, & utraque perfecta: in epilogo prioris respicitur ad *tit. reb. corp. & incorp.* hujus libri secundum; ubi cùm non tantum servitutes prædiorum usus & ususfructus inter res incorporales numerentur, verùm etiam hereditas & obligationes, ac de servitutibus ut ususfructu & usu hactenus tractatum sit; videri poterat, nunc protinus de hæreditatibus & obligationibus dicendum esse: sed in propositione seu membro sequenti harum rerum tractationem in alium locum rejicit: tractationem de hæreditate, quia adhuc agendum de modis, quibus res acquiruntur singulæ: susceptione autem hæreditatis acquiritur bonorum universitas: tractationem de obligationibus, quia obligatio non est *jus in rem*, de cujusmodi jure acquirendo nunc quæritur, sed ad rem dumtaxat, pariens creditori actionem in personam, non vindicationem rei. In posteriori epilogo respicit ad §. *singulorum 11. sup. tit. 1. de rer. div.* quo loco recepit, se post expositos modos acquirendi jure gentium dicturum esse de iis modis, quibus dominium nanciscimur jure civili, quod est τὸ ἐφεξῆς. Modi acquirendi jure civili, vel singulares sunt, vel universales. Singulares, quibus acquiruntur res singulæ: universales, quibus una acquisitione, tanquam per aversionem, acquiruntur bona alicujus universa: de quo genere acquisitionis agere incipit *inf. §. ult. tit. 9.* hujus libri. Modi acquirendi jure civili res singulas duo tantùm ab Imperatore exponuntur, usucapio *tit. seq.* & donatio *tit. 7.* Cur de legatis & fideicommissis, quæ huc alioqui pertinent, nunc non simul tractare voluerit, dicetur *d. §. ult.* Pertinent item huc & alii modi: veluti cum possessori attribuitur dominum rei, quam dominus viri eripuit aut invasit, *§. 1. inf. vi bon. rap. l. 7. Cod. unde vi.* Cum uno ex duobus, qui à Principe munus acceperunt, moriente absque hærede, pars deficientis consorti accrescit, *l. un. Cod. si liberal. imp. soc. sin. hæred. decis. lib.* 10. Item cum pupillo, & ecclesiæ acquiruntur res ex pecunia sua emptæ absque ulla traditione, *l. ult. C. de sacros. eccles.* Mancipatio, quam Cicero in *Topic. traditionem nexu vocat*, & in jure cessio, de quibus Ulpian *tit. 19.* Boet. *ad l. loc. Ciceronis*, jam tempore Justiniani exoleverant. Antiquitatis studiosi adeant D. Anton. Contium 1. *disput.* 12. clariss. Salmas. *c. 8. de usur.*

TITULUS SEXTUS.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

D. Lib. 41. Tit. 3. C. Lib. 7. Tit. 31. & 33.

1 *Nam satis consideratè à D. Cujacio & aliis pro præscriptionibus hic reponit* possessionibus.
2 *Quibus in rebus olim usucapio & longi temporis præscriptio differebant?*
3 *Falli, qui putant usucapionem tantùm esse rerum mobilium.*
4 *Quæ qua serie hoc titulo tractentur?*

INTER acquisitiones juris civilis vel prima & præcipua est usucapio. Nam etsi ea Græcis quoque non incognita fuit, eamque etiam Plato *l. 12. de legib. p. 697.* in suam invexit Rem ub. tamen civili tantùm ratione, non etiam purè aliqua naturali nititur, ab eaque longius etiam, quàm cæteræ acquisitiones civiles recedit. Utrum autem quid juri civili adscribendum sit, an juri naturali, id non ex nudo usu populorum, sed ex eo, quod suggerit ratio naturalis, æstimandum est, *§. 1. sup. de jur. nat. gent. & civil.* Usucapio definitore Modestino, *l. 3. hoc tit.* est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Quid singula definitionis sibi velint, dicetur postea in explicatione, *§. diutina 7. inf. eod.*

Longi temporis præscriptionibus) Qui hanc 1
partem inscriptionis mutant, & pro *longi temporis præscriptionibus*, reponendum arbitrantur, *longi temporis possessionibus*, inter quos sunt Cujac. Hotom. Wesemb. Tim. Faber, quod & Pacius probat, illi nec mentem Justiniani, nec quid *hoc tit.* agatur, satis animad-

vertere mihi. videtur. Mens Justiniani intelligitur ex eo, quòd in principio commemorat constitutionem suam de usucapione transformanda; qua constitutione, cùm duo diversa essent genera acquisitionis, usucapio & longi temporis præscriptio, usucapionem ita transformavit, ut tamen utrumque in illo uno velut permixtum retinuerit: atque hoc etiam ex verbis inscriptionis intelligere nos voluit. Sic alibi quoque hæc duo conjungit, usucapionem aut longi temporis præscriptionem, §. *pen. inf. per quas perf. cuiq. acq.* Conferuntur item, & conjunctim ista duo appellantur à Cajo, *l. qui alienam. 54. in pr. de evictîon.* Hoc tantùm interest, quòd Cajus duo diversa acquirendi genera, ut tunc erant, significat, Justinianus unum & idem ex duobus istis à se conflatum: neque enim sustulit ille longi temporis præscriptionem, sed auxit, addita ei usucapione in solo provinciali. Sed neque agitur hoc titulo de possessione, nisi per occasionem, neque magis quàm de bona fide, aut justo titulo: sed de horum omnium concurrentium effectu, & acquisitione ipsa, quæ olim duplex erat, usucapio & longi temporis præscriptio, quam utramque, ut diximus, sic retinuit Justinianus, ut ex duabus unam fecerit.

2 Erat verò triplex inter usucapionem & longi temporis præscriptionem discrimen, in rebus, in tempore, in acquisitionis effectu. Usucapio locum habebat in rebus immobilibus Italici soli tantùm, in mobilibus omnibus. Præscriptio frequentabatur in prædiis dumtaxat provincialibus. Usucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præscriptio consummabatur decem annis inter præsentes, viginti inter absentes. Usucapio possessorem dominum efficiebat. Præscriptio possessori non dominium tribuebat, sed jus aliquod dominio simile & proximum, de quo dicam plenius postea. Hasce differentias substulit Justinianus, servato uno discrimine rerum mobilium & immobilium, *l. unic. C. de usuc. transform.* Eorum error manifestior est, quàm ut refelli debeat, qui hæc genera sic distinguunt ut dicant, usucapionem tantùm esse rerum mobilium, longi temporis præscriptionem rerum immobilium, & vel unum hujus tit. principium hoc refellit. Initio docetur, quæ res, quanto tempore, à quibus usucapiantur; deinde de rebus agitur, quæ usucapionem non recipiunt: tum de continuatione possessionis & conjunctione temporum: postremò de fisci traditione & præscriptione quadriennii fiscali.

TEXTUS.

Præcipua Usucapionis requisita. 1. Bona fides. 2. Possessio per tempus definitum continuata. 3. Justus titulus.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique uno; si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucaperet: ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placito erat, putantibus antiquoribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium; immobiles verò per longi temporis possessionem (id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur. Et his modis non solùm in Italia, sed etiam in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

NOTÆ.

Bona fide) In quo tempus traditionis inspicitur: at in emptione etiam, quo contrahitur *l. 2. pr. D. pro empt.*

Crederet dominum esse) Aut jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse, *l. 106. de verb. sign.*

Biennio) Lex 12. tab. usucapionem fundi jubebat esse biennium; cæterarum rerum annum, Cic. *pro Cæc. cap. 19. & 26. & in Top. cap.* 4. de quo vid. Bud. *ad l. 63. D. de evict.* Cont. 1. *disp.* 10. Salmas. *cap.* 8. *de usur.*

Justa causa) Idest, justo titulo: nam titulus est possessionis causa *l. 7. C. de acquir. possess. l. 24. C. de rei vind.*

Dominia acquirantur) Rectè igitur adhuc definietur usucapio cum Modest. *l. 3. D. hoc tit.* adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti.

COMMENTARIUS.

1 *Auctoritatis verbo quid lex 12. tab. intellexerit.*
2 *In persona usucapientis quæ necessaria: & de bona fide.*
3 *De justo titulo.*
4 *Cur prædia provincialia usucapi non potuerint.*
5 *Juris de usucapione constituti ratio & defensio.*
6 *In incerto esse, an tempora usucapioni à Justinia-*

niano præstituta apud nos quoque observanda sint.

Jure civili) Hoc plerique sic interpretantur perinde, ac si dixisset lege 12. tab. & verum est, ex hoc fonte jus usucapionum manere. Sed quod sequitur de distinctione locorum, ex lege 12. tab. esse non potest: quippe cùm eo tempore, quo Decemviri legem tulerunt, populus Romanus pedem extra Italiam non haberet, adeoque angustissimis intra ipsum Italiæ solum finibus Imperium Rom. contineretur. Credibile verò est, propagatis postea Imperii finibus, Jurisconsultorum disputatione prædia Italici soli & provincialia jure auctoritatis distincta fuisse. Apud M. Ciceronem *in Top. c.* 4. hæc leguntur: *Quoniam usus, auctoritas fundi biennium est, sic etiam ædium. At in lege ædes non appellantur.* Et *in orat. pro Cæcinna, c.* 19. *Lex usum auctoritatem fundi jubet esse biennium.* Unde existimare licet, sic lege sancitum fuisse: *Usus, auctoritas fundi biennium esto. Cæterarum rerum annus esto.* Auctoritatis verbo multa & diversa significantur. Vulgata non tangemus. Venulejus *l. ult. de evict.* auctoritatem interpretatur actionem pro evictione. Quo sensu etiam accipitur apud Paul. 2. *sent.* 17. L. Seneca *lib.* 4. *natur. qu. Ergo si mihi parum credis, Posidonius tibi auctoritatem promittet*, id est, βεβαίωσιν. Scævola *l. ult. de pign. act.* instrumentum auctoritatis appellat, quod primo dixerat instrumentum emptionis, nimirum instrumentum, quo de evictione promissum est, aut omnino instrumentum, quo pobatio juris nostri, sive ut vulgo loquuntur, tituli acquisitionis continetur, cujusmodi tabulæ instrumenta ad probationem originis prædiorum appellantur, *l.* 14. *Cod. de fideio.* Sic apud M. Senecam *lib.* 7. *contr.* 6. quæ emptionis tabulæ primùm, eædem post auctoritatis tabellæ nominantur. In lege Atinia, & in illo duodecim, *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, verbo auctoritatis jus dominii significatur, aut jus vindicandi, Grot. *in spar. flor.* Sensus hic est, ne peregrinus dominium rerum nostrarum usucapione nobis eripere possit. Cicero *pro Cæcin. cap.* 26. *Aquæductus, haustus, iter actus à patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium à jure civili sumitur. Rata auctoritas*, id est, *firmum ac fixum harum rerum jus.* Eodemque significatu & Scævola hac voce usus est, *l. ult. de aq. & aq. pluv.* In proposito quoque puto Decemviros nomine auctoritatis intellexisse jus legitimi dominii, ut sit sensus, usus, qui auctoritatem, id est, justum dominium fundi afferat, sit spatium biennii; qui cæterarum rerum, annus. Quod perinde est, ac si dixissent, *Fundus biennium possessus usucapitor: cæteræ res annum possessæ usucapiuntor.* Cicero in *ea de Arusp. resp. c.* 7. *Multæ sunt domus jure optimo, sed tamen jure privato, jure hæreditario, jure auctoritatis, jure mancipii, jure nexi. Jure auctoritatis* perspicuum est hic significari ipsam usucapionem, sive jus legitimi dominii per usucapionem quæsiti, non emptionem, quæ non mancipio facta est, ut vult doctissimus Salmas. *lib. de usur. c.* 8. Neque enim dici possum jure optimo domum habere, cujus ex jure Quiritium dominus non sum; & ideo jura legitima tantum Cicero commemorat. Idem vir doctissimus existimat legem 12. tab. verbo auctoritatis intelligere actionem pro evictione, cui Decemviri voluerint non ultra biennium patere locum in rebus soli, in mobilibus non ultra annum. At plerique omnes qui conditione usucapiendi sunt, re evicta ante impletam usucapionem, actionem pro evictione non habent. Qui pro hærede, pro legato, pro derelicto, pro adjudicato, pro noxa dedito, pro suo possidet, certo jure usucapit; & tamen si res intra tempora usucapionis evincatur, non est locus actioni ob evictionem, cujus hic periculum nemo præstat. Sed neque ipsa evictio, seu jus, quod dominus habet rem à possessore judicio auferendi, intelligi potest: non enim eo principaliter hoc caput legis pertinet, ut sciamus, quid juris domino relinquatur intra annum, aut biennium, sed quid usus sive possessio anni, aut biennii tribuat utenti possidenti, nimirum rei possessæ legitimum dominum, ut paret ex definitione Modestini, *l.* 3. *hoc tit.* Videsis Budæ. *ad l. Herennius.* 63. *de evict.* Cont. 1. *disp.* 10. Don. 5. *com.* 20. & qui legem 12. tab. commentariis illustrarunt, Balduin. Hotom. Marcil.

Bona fide) In persona ejus, quem usucapere volumus, hæc sunt necessaria; ut possideat, ut justè, ut continenter, ut per tempus lege definitum: quorum unumquodque, ut sese offeret, ita explicabo. Quod hic traditur de bona fide, ad justitiam possessionis pertinet: quemadmodum & illud, quod mox sequitur, de causa. Igitur ad usucapionem non sufficit possidere, nisi & bona fide possideas. Bona fides æstimatur ex eo, quod possessor putavit, eum, à quo rem accepit, dominum esse, aut jus transferendi dominium habere, ut proinde opinetur se quoque statim dominum effectum esse, *l. bonæ fidei.* 109. *de verb. sign. l. qui à quolibet.* 27. *de contr. empt.* §. *si quis* 35. *sup. de rer. div.* Hæc autem opinio necesse est, ut remota sit ab errore juris. Nam juris error ac- 2

acquirere volentibus numquam prodest, *l. 7. l. 8. de jur. & fact. ign.* ac proinde nec possessori in usucapionibus, *l. numquam. 31. pr. hoc tit. l. 1. §. si à pupillo. 11. pro empt.* Cæterum sufficit, ab initio bona fide possessionem nancisci. Jure enim civili bene cœptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens, *l. un. Cod. de usuc. transform. l. bona. 48. §. 1. de acq. rer. dom.* spectaturque in ea re initium traditionis, non contractus, *l. si is. 16. §. ult. l. justo. 44. §. 2. hoc tit.* præterquam in emptione, in qua utrumque tempus inspici placet, & quo contrahitur, & quo res traditur, *l. 2. pr. pro empt. l. pen. hoc tit.* Diversitatis rationem indicat Paul. in stipulatione *d. l. 15. in fin.* quia, inquit, concessum est stipulari rem etiam, quæ promissoris non sit, innuens, salva fide etiam scientes rem alienam stipulari nos posse: at non pati sinceram fidem, ut rem alienam sciens quis emat. Et ideo huic non præstatur evictio, *l. si fundum. 27. C. de evict.*

Rem) Corporalem scil. nam res incorporales, veluti servitutes, per se usucapionem non recipiunt, *l. 14. de serv. l. servus. 43. §. de acq. rer. dom.* quippe in quæ non cadit possessio, in ea nec usucapio cadit. Cæterum est in his rebus locus acquisitioni longæ quasi possessionis, & effectu juris quasi usucapiuntur, *l. ult. C. de præsc. long. temp. l. 10. si serv. vind.* Vide quæ scripsi ad §. *ult. sup. de serv.* Plane per consequentiam etiam veteri jure usucapiebantur, cum id prædium usucaptum esset; cui servitus debetur, *l. 10. §. 1. h. tit.* quamquam revera nihil hic usucapitur, sed prædium suæ conditiones sequuntur, *l. via. 23. §. 2. de serv. præd rust.* de aliis rebus, quæ usucapionem non admittunt, dicam §§. *seqq.*

Aliave justa causa) Idest, justo titulo, eoque qui idoneus sit ad transferendum dominium: eos enim, qui nullo justo titulo possident, ratio juris dominium quærere non patitur, *l. nullo. 24. C. de rei vind. l. 4. C. de præsc. long. temp.* eademque prorsus in proposito ratio est dominii transferendi, & transferendi conditionem usucapionis, *l. numquam. 31. de acq. rer. dom. §. pen. inf. per quas pers. cuique acq.* Justa causa, aut a privatis est, aut a judice, aut à Magistratu, aut a nullo, sed ab ipsa rerum conditione. A privatis; si quid ab his dominii transferendi causa traditur, solvitur, datur, derelinquitur, *l. 3. §. antep. de acq. poss.* cujus generis pleræque propriis tit. comprehensæ in Pan. & C. A. judice in adjudicantibus; quæ fiunt in judiciis divisoriis, si videlicet de alienis fundis tamquam communibus actum sit, *l. si per errorem. 17. hoc tit.* alioqui statim res ejus fit, cui adjudicata est, §. *ult. inf. de off. jud.* A Magistratu quibus in causis possessionem transferre potest: siquidem juste possidet, qui auctore Prætore possidet, *d. l. 3. in fin. l. 11. de acq. poss.* A nullo, quæ sola occupatione, si nullius essent, statim nostra fierent. Hinc titulus possessionis speciali pro suo, *l. 2. pro suo.* Generaliter quidem etiam quisquis ex justa causa possidet, pro suo possidet, *l. 1. eod.* verùm ex speciali titulo certa usucapio; ex generali nulla, nisi specialis aliqua causa, puta emptio, donatio, &c. præcesserit: nec sola existimatione nostra, sed revera, *l. Celsus. 27. hoc tit.* de quo plenius postea.

Si mobilis erat, anno ubique uno) Ubique, tam in provinciis, quam in Italia. Nam cùm res mobilis solo non cohæreant, loco distingui non potuerunt, & conditione sua omnes usucapionem recipiunt. Immobilium autem quædam tales erant, ut usucapio in iis non haberet locum; qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quòd autem brevius tempus usucapioni rerum mobilium præfinitum sit, quam immobilium, id eam rationem habere putant, quod regulariter minus in illatum, quam harum amissione præjudicium vertitur: cùm alioqui longius tempus poscere videatur usucapio rer. mobilium, utpote quæ occultari possunt, quam prædior. Sed hoc nihil est: nam occultatio illa vitio furti rem afficit, & usucapioni eximit. Non alia ratio est quam ea, quam hic indicat Justinianus post Cajum, *l. 1. hoc tit.* quòd veteres crediderunt, annum aut biennium domino sufficere ad inquirendas res suas: posse scil. quemlibet patrem familias res mobiles uno semestri recensere, & altero quæ desiderantur quærere: prædia uno anno lustrare, & quæ ab alio possessa invenerit, altero anno recuperare: quod & Varro *de re rust.* bono patritum. faciendum esse monet.

Immobilis tantum in Italico solo) Aut eo, *quod* jus Italici soli habebat. Nam & in provinciis fruere quædam prædia juris Italici, videlicet coloniarum, quibus jus Italicum datum erat, *l. 1. de censib.* in quibus prædiis mancipationi & usucapioni locum fuisse dubitandum non est. His exceptis, prædia provincialia neque à possessoribus mancipio dari, neque ab alio usucapi olim potuerunt. Nimirum quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritum erat, plenumque jus & dominum Quiritarum continebat. Possessores autem prædiorum provincialium directi dominii & pleno jure non erant: sed jus summum dominii populus Romanus sibi reservare consueverat, cùm ea bello 4

lo

lo capta veteribus dominis reſtitueret, inque argumentum retenti juris annum iis vectigal imponeret. Cæterum jus, quod poſſeſſoribus relictum erat, ut id à domino juris ſtatim in alios traditione transferri poterat; ita & à bonæ fidei poſſeſſore longi temporis poſſeſſione acquiri, ne ſemper inquietaretur: quæ acquiſitio præſcriptio dicebatur, *l. qui alienum* 54. *in pr. de evict. l. ſi duo* 13. §. 1. *de jurejur. l. ei à quo* 21. *hoc tit.* Erat autem jus tale, quod & exceptione defendere, & amiſſa poſſeſſione, utili actione proſequi, *d.l.* 13. §. 1. *de jurejur. l.* 8. *C. de præſcr.* 30. *ann.* hæredibus denique relinquere, & in alios quoſvis transferre licebat. Jus nimirum aliquod reale ſimile emphyteutico, quod proximè ad jus dominicum accedebat, & quod nunc vocarent dominium utile. Repetantur quæ notavimus, *ſup. per traditionem* 40. *de rer. diviſ.* Poſtquam autem Juſtinianus, quod præſcriptioni deerat, ex uſucapione ſupplevit, unumque genus acquiſitionis ex duobus fecit; certum eſt, poſſeſſione longi temporis juſtum & directum dominium poſſeſſori acquiri.

Ne rerum dominia in incerto eſſent) Si jus de uſucapione conſtitutum æſtimetur ex meris præceptis juris naturæ ſive gentium, defendi ab iniquitate non poteſt, ſed quod ex iniquo habet, id contra ſingulos rependitur utilitate publica. Bono enim publico uſucapio introducta eſt, ne ſcilicet diu rerum dominia in
5 incerto eſſent, *l.* 1. *hoc tit.* quippe incertitudo dominii facit, ut res quæque negligentius habeatur, agri minus diligenter colantur: parit lites & controverſias, quibus occurri publicè intereſt: atque ut occurratur, & litium aliquis ſit finis, uſucapio conſtituta eſt, *l. ult. pro ſuo. l.* 2. *in pr. de aq. & aqu. pluv.* & ideo Cicero *in orat. pro Cæcin. c.* 26. uſucapionem appellat *finem ſollicitudinis & litium.* Plato 12. *de legib.* Hæc igitur cauſa legiſlatores movit, ut uſucapionem introducerent: ut verò id fieret cum minima privatorum injuria, certa atque idonea tempora præſtituerunt, quæ abunde dominis ſufficerent ad inquirendas res ſuas, eaſque ſibi aſſerendas, & poſſeſſionem alterius interpellandam. Quod ſi facere negligant, & patiantur uſucapi, ſuamet ipſorum voluntate quodammodo rem alienare videntur: *l. alienationis* 28. *de verb. ſign.* Quamquam etiam contra ignorantem rem ſuam ab alio poſſideri uſucapio procedit, *l. un. C. de uſuc. transfor. l. ult. C. de præſc. long. temp.* Privatum enim damnum, quod ex uſucapione eſt, penſatur egregio publico, in quo vera & ſolida utilitas continetur, & cujus proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus acquiſitionis defenſio ſit contra eos, quibus ea genere ipſo injuſta vi detur. Appellat ſanè Juſtinianus præſcriptionem *impium præſidium & improbam temporis allegationem. Nov.* 9. verùm non ſimpliciter, ſed quatenus eo præſidio homines ſcienter abutebantur contra conſtitutionem ipſius, & adverſus bona ac ſubſidia Eccleſiarum. Poſtea tamen conſtitutionem iſtam abrogavit, experimento doctus, eam ex uſu Reipub. non eſſe, *Nov.* 111. & 131. *cap.* 6. Vinn. Nec tamen defendi non poteſt uſucapionis juſtitia, ſi reſpiciamus ad ejus fundamentum. Qui intra tantum temporis ſpatium, puta intra decem vel viginti annos rerum ſuarum nullam curam egit; is ſane eas videtur pro derelictis habuiſſe: maximè cùm res immobiles, earumque ſitus latere vix poſſint. Si dicas, domino deſuiſſe occaſionem vindicandi, quidni poſſeſſionem ſaltim denuntiatione interrupit? Ei quidem, qui rem pro derelicta habet, animus eſſe debet & conſilium derelinquendi, quale hic in domino eſſe negant, ſed juſtiſſimè leges hujuſmodi conſilium præſumunt ex negligentia domini, intra tantum temporis ſpatium rem non vindicantis. Si enim juſta ipſi cauſa ſit, cur vindicare non potuerit, veluti abſentia reip. cauſa, minor ætas &c. leges ipſi haud negant reſtitutionem in integrum & uſucapionem reſcindunt. Hein.

Ne domini maturius rebus ſuis defraudentur) Id eſt, ne maturius res ſuas amittant, ne poſſeſſionibus ſuis citius, quàm par eſt, cadant, ut eſt *in d. l. un. C. de uſuc. transform.* Uſus autem eſt verbo defraudandi propter duritiem legis antiquæ, quæ nimis anguſto temporis ſpatio uſucapionem terminabat, remque alienam excluſo domino addicebat poſſeſſori. Cæterum quod propriè hoc verbum ſignificat; per fraudem rem alienam intervertere, id neque lege antiqua poſſeſſori permiſſum fuit.

Conſtitutionem ſuper hoc promulgavimus) Ea eſt *l. un. C. de uſuc. transform.* qua lege, cùm jam antea ſuſtuliſſet antiquam diſtinctionem dominii in bonitarium & Quiritarium, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* hoc inſuper conſtituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis cenſerentur, atque æquè ut Italica, eodemque effectu uſucapi poſſent. Præterea tempora uſucapionum tam in rebus mobilibus, quàm in rebus ſoli in tantum prolongavit, ut nulla juſta quærimonia ſuperſit, ſi tam longo tempore continuata poſſeſſio poſſeſſorem tueatur, eique dominium adjiciat. Summa conſtitutionis eſt, ut qui rem à non domino accepit ex juſta cauſa & bona fide, 6
eam-

eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes continenter possedit; is ejus rei dominus pleno jure efficiatur. Quod jus etiam hodie apud nos obtinere debere multi contendunt. Alii ad rerum immobilium præscriptionem sive usucapionem triginta requiri annos, aut tertiam sæculi partem existimant. Apud Zelandos adversus præsentes annis viginti; adversus absentes triginta annorum spatio res soli certò jure usucapiuntur, *c. 2. stat. Zeland. art. 2.* In hoc autem nunc fere à jure civili recessum est, quòd in præscriptione quantumvis longissimi temporis non tantùm bonum possessionis initium requiritur, verùm etiam bonæ fidei perseverantia, juxta scita juris Canonici, *c. fin. x. de præsc.* cùm jure civili sufficiat possessionem ab initio bona fide nancisci, nec bene cœpta usucapio aut præscriptio interpelletur incidente postea mala fide, *d. l. un. de usuc. tr.* quin nec bonum initium in præscriptione 30. annorum jura civilia desiderent, *d. l. 3. l. 4. C. de præscr. 30. ann.* Clarissimus Grotius *lib. 2. manuduct. ad Jurisp. Bat. c. 7.* tradit; duplicem in hac regione usucapionem seu præscriptionem rerum soli in usu antiquitus fuisse, unam brevioris, alteram longioris temporis. Brevem fuisse unius anni & diei, eamque jure singulari multarum civitatum & agrorum tunc locum habuisse, cum prædium aliquod venditum esset, interveniente auctoritate & cognitione. Scabinorum aliorumve, qui jurisdictioni præsunt, dique prædium per illud tempus ab emptore sine interpellatione possessum esset. Longam fuisse tanti temporis, quantum tertia pa s sæculi continet, id est annorum 33. & 4. mensium; cui locus erat in alienatioue rei immobilis facta absque cognitione publica. Et hoc sequendum etiamnum putat. De rescriptione tanti temporis juxta consuetudinem Geldriæ ex professo disserit doctissimus Lamb. Goris *adv. jur. tract. 3. cap. 9.* Vix autem est, ut aliquid certi secundum mores hodiernos hic definiri possit, vid. Groenevv. *ad rubr. Cod. de præsc. 30. annor. & ibi laudat.*

Decennio inter præsentes, viginti annis inter absentes) Explicat, quantum tempus intelligat per possessionem longi temporis, nimirum inter præsentes, id est, qui in eadem provincia sunt, *l. ult. C. de præscr. longi temp.* decem annos, inter absentes viginti. Atque ita sicut ex veteri usucapione effectum sumit & acquisitionem veri dominii, ita ex veteri præscriptione sumit spatium temporis, atque id ad usucapionem omnium rerum immobilium transfert, efficitque ex duabus unam acquisitionis speciem, ut jam nulla amplius differentia inter præscriptionem & rerum immobilium usucapionem supersit; præscriptionem inquam longi temporis, quæ itidem ut usucapio, titulum & bonam requirebat fidem: nam præscriptionis temporis longissimi, sc. 30. vel 40. annorum, alia ratio est, quæ solo temporis lapsum possessionem tuetur.

Textus.

Quæ usucapi possunt, vel non. De his quæ sunt extra commercium; de servo fugitivo.

1 *Sed aliquando, etiamsi maximè quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum possideat.*

Notæ.

1. *Liberum hominem, &c.)* Quia hæ res omnem respuunt acquisitionem, nec in bonis esse possunt, *l. 9. D. hoc tit. §. 2. infr. de inut. stip.* Res quoque incorporales, veluti servitutes, natura sua usucapionem non recipiunt, *l. 14. D. de serv. l. 43. de acq. rer. dom.* Cæterum effectu juris diuturno usu & ipsæ quasi usucapiuntur, *l. 10. si serv. vind. l. ult. C. de præscr. long. temp.*

Servum fugitivum) Defenditur tamen possessor fugitivi 30. annorum præscriptione, per *l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann.*

Commentarius.

HOc §. & aliquot sequentibus disputatur de rebus, quæ etsi corporales sunt, usucapionem tamen non recipiunt: sed quia multæ, quæ in hoc numero sunt, hic non commemorantur, ecce tibi in summa omnes exhibebo. Quarumdam rerum ea natura est, ut omnem omnino acquisitionem, qualiscumque ea sit, respuant, & consequenter simul usucapionem: cujusmodi sunt, quæ commercio humano sunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non possunt, ut homo liber, res sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ populi aut civitatum, *l. 4. l. 6. de contr. empt. l. 9. hoc tit.* Quædam etiam res sunt, quæ cùm sint in bonis & acquiri possint, usucapi tamen non possunt, lege earum usucapionem prohibente. In hoc genere sunt res fisci, §. 4. *inf. l. quamvis 18. eod.* res dominicæ, *tit. C. ne rei dom. vel temp. vind.* civita-

ta-

ratum, Ecclesiarum, gerontocomiorum & locorum similium, *l.* 23. *C. de sacrosanct. Eccles. Nov.* 9. 111. & 131. *c.* 6. res furtivæ & vi possessæ, §. *seq.* præsidii contra legem Juliam datæ, *l. bonæ* 48. *de acquir. rer. dom. l. pen. de leg. Jul. rep.* res pupillorum, *dict. l.* 48. *l.* 3. *C. quibus non obstat long. temp. præsc.* quin nec præscriptio 30. annorum contra pupillos currit, *l.* 3. *C. de præsc.* 30. *ann.* res minorum 25. annis, *l. ult. C. in quib. ca. in int. rest.* bona adventitia filiifam. *l.* 1. §. 2. *C. de annal. exc.* fundus dotalis, cujus quoque alienatio lege Julia prohibita est, *l.* 4. *de fund. dotal.* hoc ipso etiam usucapionem prohibitam esse pro certo statuit Tryphoninus in *l. si fundum* 16. *eod. tit.* Postremò res testamento alienari prohibitæ, *l.* 2. *Cod. pro empt. l. ult.* §. *sin autem* 3. *Cod. com. de legat.* Jam pergamus.

Liberum hominem) Sola temporis longinquitate, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura non mutilari à Constantino rescriptum est, *l. ult. Cod. de long. temp. præscr. quæ pro lib.* Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapsu libertati præscribatur; sed quia raro homines diutius vivunt. Etenim nec centum annorum præscriptio hic suffecerit, ut bene istic Accurs. quoniam nulli omnino hic locus esse titulo potest. Possessores 30. annorum defenduntur exceptione temporis, quæ omnes excludit actiones, etiamsi nec titulus probetur, nec bona fides, *l.* 3. *l.* 4. *C. de præsc.* 30. *ann.* Cæterum res ipsas, quæ possidentur, tales esse oportet, ut justo titulo acquiri, & dominio nostro subjici possint.

Servum fugitivum) Hic servus pertinet ad prohibitionem §. *seq.* quippe qui sui ipsius furtum facere intelligatur, *l. ancil.* 60. *de fur. l.* 1. *C. de serv. fug.* Accursius putat, dominum ne 30. quidem annorum præscriptione excludi, eo quòd possessionem fugientis servi retinet, *l.* 1. §. *per servum* 14. *l. rem quæ* 15. *in fin. de acq. poss.* Quod ineptum est. Nam cum de usucapione aut præscriptione quæritur, necesse est ejusmodi casus ponatur, quo alius servi possessionem nactus sit. Hoc verò cùm sit: dominus possidere desinit.

Textus.

De rebus furtivis & vi possessis.

2. *Furtivæ quoque res, & quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum & lex Attilia inhibent usucapionem: vi possessarum, lex Julia & Plautia: Quod autem dictum est, furtivarum & vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eò pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit, (nam his alia ratione usucapio non competit; quia scilicet mala fide possident) sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si hæres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hæreditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit; quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est. Quippe quum ea res in furti vitium non ceciderit: quum utique hæres, qui bona fide tamquam suam alienaverit, furtum non committat. Item si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit, aut si donaverit, furtum non committit. Furtum enim sine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut à possessore usucapiatur. Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur; quamvis ipse mala fide possideat, (quia intelligit, se alienum fundum occupasse) tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorumdam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum utilitati, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa & indubitata possessio debeat auferri.*

Notæ.

2. *Lex Attilia*) In Pand. Flor. *Atinia l.* 4. §. 6. *l.* 33. *pr. hoc tit. l.* 215. *de verb. sign.* Auctoritas, ait Grot. *in spars. Flor.* est jus vindicandi, Vinn. Rectè hæc lex dicitur *Atinia*: non *Attilia*, uti apparet ex Gell. *lib.* 17. *cap.* 7. Ex quo etiam dicimus, hanc legem antiquiorem esse temporibus Scævolæ, Bruti, Manilii, P. Nigidii, JCtorum. Verosimile itaque est eam latam A. U. C. DLVI. C. Cornelio Cethego, & Q. Minucio Rufo Coss. à C. Atinio, Labeone, Tribuno plebis. Steph. Vin. Pigh. *Annal. Rom. Tom. II. p.* 255. Hein.

Ab

Ab eis bon. fid. emerit) Aut ab aliis, qui jam ante à fure aut violento possessore rem acceperunt.

Bon. fid. accipienti.) Species : Cùm Titius longo tempore abesset, fundumque suum incultum relinqueret, eum Sejus occupavit, ac mox vendidit, & tradidit Sempronio ignoranti fundum alienum esse. Hic etsi ipsi quidem Sejo non processisset usucapio propter malam fidem; procedet tamen Sempronio bonæ fidei possessori; quia neque furtivum, neque vi possessum accepit. VINN. Sunt hæc ex Theophili paraphrasi *h.* §. descripta. HEIN.

Quorumdam sententia) *L.* 38. *h. t.* Inter hos, & Sabinum fuisse testatur Gell. *l.* 11. *C. ult.*

COMMENTARIUS.

1 *Aliquo casu qui sciens rem alienam vendit furtum facere non videri.*

2 *Emendationem Cujacii vers. Quod autem, non esse necessariam,*

Furtivarum rerum lex 12. *tab. & lex Atinia*) Utriusque hujus legis etiam meminit Julian. *l. non solum.* 33. *in pr. hoc tit.* Verba legis Atiniæ prodit Gell. *lib.* 17. *c.* 7. *Quod surreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto.* Quorum verborum hic sensus est : ejus rei, quæ surrepta est, dominium à domino numquam recedat : jus & potestatem habeat semper eam vindicandi ; nec ullo usu alteri acquiratur. Fabrot. Quam sententiam fuisse legis, ex eo liquet, quòd lex ita accepta est, quasi interdiceret rei furtivæ usucapionem. Eademque sententia est ejus, quod apud Cic. *lib.* 1. *de offic. cap.* 12. legimus : *Adversus hostem æterna auctoritas esto.* Proculdubio autem lege Atinia quædam addita sunt, de quibus prius lege duodecim nihil cautum fuerat : & Paulus legi Atiniæ tribuit hoc caput, quod est de usucapienda re furtiva, cum in potestatem dominii rediit, *l.* 4. §. *quod autem.* 6. *hoc tit. l. potestatis.* 215. *de verb. sign.*

Vi possessarum lex Julia & Plautia) Leges hæ non uno tempore latæ : alioqui Julia Plautia diceretur sine copula, aut Plautia Papyria, Papia Poppæa, Junia Norbana, &c. sed Plautia de vi, item Julia de vi, hoc caput habuerunt. Plautia de vi prior fuit lege Julia, unde & in Pand. præponitur, *l. non solum.* 33. §. 2. *hoc tit.* Ait, *vi possessarum.* Vi possessa res sit oportet, ut usucapi nequeat neque sufficit, vi aliquem de prædio dejectum esse, nisi qui dejecit, possessionem occupavit. Quòd si ille ingressus non fuerit, sed alius in vacuam possessionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequam in domini potestatem redeat, à bonæ fidei possessore usucapi, *l.* 4. §. *si tu.* 22. *l.* 33. §. 2. *eod.* VINN. Rectè notat Vinnius binas has esse leges : & tamen illarum, tanquam unius meminerunt leges nostræ etiam alibi, *l.* 33. §. 2. *ff. de usurp. & usuc. Plautia*, vel Plotia de vi lata est à M. Plautio Trib. pl. anno U. C. DCLXIV. Cn. Pompejo Strabone & L. Portione Catone Coss. Julia autem non alia est, quam illa de vi publica & privata à Julio Augusto lata. Vid. *Antiq. Rom. nostr. Lib.* 2. *tit.* 6. §. 5. *p.* 405. HEIN.

Quod autem dictum est) Superfluum hoc monere. Fustra enim prædictæ leges latæ fuissent, si nihil aliud caverent, quàm ut ne fur ipse, aut qui per vim possidet, usucapere possent. Quippe qui nec ante legem Atiniam, aut Plautiam usucapere potuerunt certo jure propter malam fidem, quam manifestum est usucapioni semper obstitisse. Hoc tantùm prospicere leges voluerunt ; ne maleficium alienum causam daret rem alienandi.

Ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide) Aut etiam ab aliis, qui jam ante à fure aut violento possessore rem acceperunt. Nam res cum suo vitio, quo ab initio affecta est, transit, *l.* 7. *C. pro empt. l. vitia.* 11. *C. de acq. poss.* Ut autem à bonæ fidei possessore usucapi possit, talem esse oportet, ut in se non habeat vitium; §. *novissimè.* 5. *inf. eod.* Denique ubi lex simpliceter inhibet usucapionem, bona fides possidenti ad usucapionem rei nihil prodest, 1. *ubi.* 24. *hoc tit.* Planè præscriptio triginta annorum dominum repellet : sic enim constitutum est de actionibus omnibus, sive in rem sint, sive in personam, ut triginta annorum jugi silentio præscriptione excludantur: usque adeo, ut in rebus possessis hoc etiam ipsis malæ fidei possessoribus tribuatur, *l.* 3. *l.* 4. *C. de præsc.* 30. *ann.* quamquam id secta nostrorum temporum non admittit.

Unde in rebus mobilibus non facile procedit) Quia rerum mobilium tantùm, non etiam immobilium furtum fieri potest, inde colligit, usucapionem in rebus mobilibus difficilius, & rarius contingere, hoc argumento, quòd res, que furto obnoxiæ sunt, etiam facile in furti vitium cadunt : quisquis enim rem alienam mobilem sciens quacumque ex causa alii tradit, eum furtum committere : quod etiam scriptum est *l.* 1. *C. pro empt. l.* 2. *C. pro donat.*

Qui sciens rem alienam vendiderit) Videamus an non aliquo casu hæc regula vitietur. Finge, hæredem rem defuncto commodatam, quam hereditariam esse putabat, vendidisse, & tradi- 1

didiſſe bona fide accipienti : emptorem, dùm eſſet in conditione uſucapiendi, cognoviſſe rem alienam eſſe. Conſtat, non interrumpi uſucapionem : ſed quæro, an ſi poſſeſſor eam rem, antequam uſucapionem impleret, alteri iterum vendiderit, furtum facere dicendum ſit? Et quidem, quandiu res uſucapta non eſt, aliena eſt ut ſi verba regulæ præcisè ſequamur, dicendum ſit, furtum committi : ſed puto, hoc in propoſito non debere admitti; & regulam procedere, cùm quis ab initio ſcivit rem alienam eſſe : qui cùm uſucapere non poſſit, intelligitur vendendo rem velle intervertere domino : nam etſi ſibi eam retineat intervertendi cauſa, furtum facit, *l. inficiando. 67. de furt.* At verò qui bonum initium habet, cùm poſſit ipſe continuando poſſeſſionem rem uſucapere, non poteſt videri furtum committeri, ſi alteri eam tradat. Cujac. *ad l. 7. §. procurator. 6. pro empt.*

Sed tamen id aliquando aliter) Dixit modò, rerum mobilium difficilem eſſe uſucapionem, idque probavit hac ratione, quòd res alienæ mobiles difficulter transferantur quin in vitium furti cadant. Id nunc oſtendit aliquando aliter ſe habere, & non uno etiam modo citra furtum accidere poſſe, ut res aliena alteri vendatur, aut donetur, ac proinde totidem modis fieri, ut à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi queat. Locus hic deſcriptus eſt ex Cajo *l. poteſt. 36. hoc tit.* non iiſdem quidem verbis, ſed idem ſignificantibus, æquè claris ac perſpicuis. Quod ideo moneo, quia Hotomannus ſcribit, Tribonianum hoc loco non ſatis ad ſuum negotium attentum fuiſſe, & verba hujus textus nihil ſignificare. Mihi ipſe Hotomannus, dum hæc ſcriberet, vigilaſſe non videtur.

Bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit) Duos profert modos, quibus alienatio rei alienæ mobilis fit abſque furto : utrumque ex Cajo *d. l. 36.* Unus hic eſt, ſi hæres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depoſitam exiſtimans eam hæreditariam eſſe, tamquam ſuam alienaverit. De hærede ipſo rem talem retinente nihil dicit, quia ad probandum, quod propoſitum erat ſine vitio furti aliquando rem alienam transferri poſſe, hoc nihil facit. Nos, an hæres ipſe hujuſmodi rem uſucapere poſſit, videbimus poſtea ſub §. *diutina. 7. inf. eod.*

Partum ſuum eſſe credens) Caſus hujus generis alter. Partus ancillæ in fructu non eſt, ſed ad dominum proprietatis pertinet §. *in pecudum. 37. ſup. de rer. div.* Sed nec fructuarius uſucapere partum poteſt, ſive ſciat, partum alienum eſſe, ſive ad ſe pertinere putet; quia juris hic error eſt, qui poſſeſſori in uſucapione non prodeſt, *l. nunquam. 31. hoc tit.* Cæterum ſi partum ſuum eſſe credens, forte errori cauſam præbente, quòd fœtus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri eum vendiderit, poterit à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi, *d. l. 36. §. 1.* quippe cùm hic nihil ſit in perſona accipientis, quod uſucapioni obſtet, neque furti vitio res affecta ſit : non enim ſi fructuarius ignorantia juris partum ut ſuum vendat, idcirco eum furtivum facit. Quippe cùm furtum non committatur ſine animo, & affectu furandi, qui in errante nullus eſt, *l. furtum. 37. eod. §. placuit. 7. inf. de obl. quæ ex del.* vulgatumque eſt, quamvis vel fatuam exiſtimationem excuſare à dolo, *per l. 1. in fin. de abigeis. l. 14. C. ad l. Tab. de plag.*

Aliis quoque modis accidere poteſt) Alius modus eſt apud Cajum *d. l. 36. §. 1.* ſi quis ſc. errorre aliquo lapſus crediderit ſe hæredem eſſe, cùm non eſſet, & rem hæreditariam alienaverit. Item alius apud Papinian. *l. mandatum. 57. mandat.* ſi hæres defuncti mandatarii quid diſtraxerit animo exequendi, quod defunctus ſuæ curæ fecerat. Duo alii ſunt apud Pompon. *l. 5. pro derel.* ſi quis id quod pro derelicto habitum poſſidebat, vendiderit; item ſi quis rem vendiderit ab uxore ſibi donatam : uſque adeo, ut hìc non obſtet uſucapioni, quòd emptor ſciverit, rem in ea cauſa eſſe : quia quaſi volente & concedente domino venditur, *d. l. 5. pro derel.*

Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expedit, jus ita procedit, ut ſi quis) D. Cujacius hunc locum ſic reſtituit : *Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expeditius procedit, ut quis* &c. ut hæc phraſis, *Quod ad eas res, quæ ſolo continentur*, ſit elliptica, & intelligatur verbum *attinet*, & quia tunc nondum totius loci ſententia conſtat, inter colon & conjunctionem diſcretivam *quamvis* ponit relativum *qui.* Ut ſit hæc ſententia : Expeditius procedit, ut quis ſine vi nanciſcatur rei alienæ immobilis poſſeſſionem, quàm rei mobilis ſine furto; ac proinde etiam facilius eſt, ut res immobiles à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi queant. Quæ ſententia quidem vera eſt; ſed non ideo neceſſe eſt quicquam mutari. Nam & lectionis vulgatæ recta eſt, & aperta ſententia, atque effectu pene eadem, nimirum hæc : *Quod ad res immobiles attinet.* Proquo Tribonianus dixit, *Expedit, jus ita procedere, ut ſi quis fundi, aut loci alieni poſſeſſionem nactus ſit ſine vi, licèt mala fide de quo dubitari præcipuè poterat; is eum locum aut fundum in alium bona fide accipientem transferre poſſit cum conditione uſucapiendi, in* 2

qua ipse propter malam fidem non erat : quoniam neque vi possessum accipitur, neque furtivum, cùm rerum immobilium furtum fieri non intelligatur, lege furtum. 37. §. 1. *& leg. seq. hoc tit.* unde hæc sumpta sunt. In re autem aliena mobili secus esse, quæ à sciente vendita in vitium furti cadat. Quamobrem causam non video, cur restitutio Cujacii quibusdam tantopere placeat, VINN. At quis vel barbaro ævo ita loquutus est : *Quod ad hanc rem expedit : pro attinet* ? Recte itaque Cujacius vidit hic illipsin esse : *quod autem ad eas res quæ solo continentur*, (scilicet attinet) Recte etiam pro *expedit jus*, rescripsit *expeditius*. Sed ego postremas syllabas : *expedit* JUS ex lege geminationis legendas puto : *expeditius jus ita procedere*, quo facto fine ulteriore emendatione totius loci sententia constat. HEIN.

Vacantis propter absententiam aut negligentiam) Simplex absentia domini possessionem vacuam non facit : quippe quam constat solo animo retineri *l.* 3. §. *saltus.* 11. *l.* 6. §. 1. *de acq. poss.* §. *possidere.* 5. *infr. de interd.* Quapropter locus hic intelligendus est de absentia domini diuturna, rem suam penitus negligentis & relinquentis incultam ; & Cajus hoc expressit *longo tempore*, *d. leg. furtum* 37. §. 1. Illi perspicuè errant, qui locum vacantem interpretantur à domino derelictum. Quippe res pro derelicto habita statim fit occupantis, §. *pen. sup. de rer. div.* qui verò hic vacuus dicitur, negantur etiam usucapi ab occupante posse, uti & in *l. quam rem.* 38. *eod.* Errat & Glossa, quod putat, quæ hic scripta sunt, correcta esse per *l. ult. C. unde vi*, eoque nomine etiam vulgo reprehenditur. Non enim ideo quia Justinianus interdictum momentaneæ possessionis dedit adversus eum, qui vacantem possessionem occupavit, statim pronunciandum est, eum in cæteris quoque omnibus pro invasore & violento possessore habendum esse. Et potest aliquo casu etiam, ubi competit interdictum unde vi, locus esse usucapioni, *l.* 4. §. *si tu me.* 22. *l. non solum n.* 33. §. 2. *hoc tit.* Adde, quòd constitutio ita diutius anno Institutiones edita fuit ut ostendit subscriptio.

Sine successore decesserit) Ita etiam Cajus *d. l.* 37. §. 1. *eod.* Sine successore autem sic accipiemus, non tantùm si quis decesserit fine ullo successore ; sed etiam si certum successorem reliquerit, legitimum, aut testamentarium hæredem, quamdiu is rerum hæreditariarum possessionem nondum nactus sit. Et jacente quidem adhuc hæreditate, nec furtum rei hæreditariæ fieri, à Scævola proditum est, *l.* 1. §. *Scævola* 15. *si is qui testam. lib.* Adita autem hæreditate, etsi jura omnia ad hæredem transeunt, possessio tamen ei non acquiritur, nisi naturaliter apprehensa fuerit, *l. cum hæredes* 23. *de acq. poss.* Quamobrem etsi quis vacantis fundi hæreditarii possessionem sine vi occupavit : etiam ubi certus hæres est, eumque bona fide accipienti tradidit, procedet bonæ fidei possessori usucapio : quia neque furtivum neque vi possessum accepit. Neque obstat quod constitutum est, cœptam usucapionem à defuncto posse & ante aditam hæreditatem impleri, *l. captam* 40. *hoc tit.* ut proinde non videatur posse rem interim ab alio possideri, quoniam duo eamdem rem simul possidere nequeunt, *l.* 3. §. *ex contrario* 5. *de acq. poss.* Hoc enim, ut alibi traditum est, tunc procedit, quando medio tempore possessio ab alio occupata non est, *l. possessio.* 20. *hoc tit. l.* 6. §. *ult. pro empt.* Deinde de re loquimur, quæ defuncti propria fuit, non quam ille possidebat tantùm, & cœperat usucapere.

Abolita est sententia existimantium) In hac opinione etiam Massurium Sabinum fuisse testatur Gell. *l.* 11. *ca. ult.* non quòd ille credidit fundum locumve auferri, aut loco moveri posse, sed quia furtum à fraude dici putavit, vel, ut Varro quoque & Labeo, à furvo, *quod* clam & obscurè, & plerumque nocte fiat: æquè autem clam & per fraudem posse intercipi possessionem fundi, ac rei mobilis, aut se moventis. Sed verius est, furtum à ferendo seu auferendo dictum esse, aut potius à Græco φώρ, per affinitatem litterarum, quod κατὰ τὸ φέρειν, Græci dixere, *l.* 1. *de furt.* §. 2. *inf. de obl. quæ ex del.* Gell. *lib.* 2. *c.* 8. quæ notatio non patitur, ut rei immobilis furtum fieri dicamus. Quid nec illud verum est, possessionem domino interverti, si quis clam fundum ingressus fuerit, *l.* 6. §. 1. *de acq. poss.* furtum autem est interversio possessionis. Quòd si revertentem dominum non admiserit, jam vi intelligitur possidere, *d. loc.*

Fundi locive) Auctores nostri plerumque fundum à loco separant, *l. ex mille.* 64. *de evict.* Cajus *l.* 38. *hoc tit. & hic* Justinian. Per fundum fere integrum quod significant, agrum cum villa, ædificium cum area : per locum autem certam fundi portionem, *l. locus* 26. *de acq. poss.* & plerumque agrum aut aream, qui loci sunt sine ædificio, in urbe area, ruri ager, *l. ager.* 27. *l. locus.* 60. *l. quæstio.* 115. *l. fundi.* 211. *de verb. sign.* Quamquam hæc non sunt perpetua, & loci significatio, sæpe generalior quàm fundi etiam apud nostros, *l.* 4.

si

si serv. vind l. 1. §. 4. und. vi. Consulendi Alciar Forn Goedd. *in tit. de verb. sign.*

Principalibus constitutionibus) Tum quibus possessores rerum soli longi temporis, id est, 10. vel 20. annorum possessione defunduntur, *tit. C. de præsc. long. temp.* quod tempus nunc ad rerum immobilium usucapionem translatum est: tum quibus 30. annor. præscriptione domini omnimodo excluduntur, *l. 3 & 4. de præsc. 30. ann.* Illud hic monendi sumus, Justinian. *Nov. 119. c. 7.* unde sumpta est *auth. malæ fidei, C. de præsc. long. temp.* hactenus juris ejus, de quo proximè egimus, constitutioni derogasse, ut si à possessore malæ fidei res alienata sit: non aliter ab eo, qui eam etiam bona fide accepit, usucapi aut longa possessione 10. vel 20. annorum acquiri possit, quàm si dominus sciverit, rem suam ab alio possessam esse, & toto eo tempore contestatus non sit: alioqui spectari jubet 30. annorum præscriptionem. Cæterum hoc procedere tunc tantùm volunt, si eo ipso tempore, quo res alteri traditur, sciat is qui tradit rem alienam esse, & initium quoque bonum habuerit. Add. quæ notat D. Gothofred. *ad d. auth.*

TEXTUS.

De vitio purgato.

3 *Aliquando etiam furtiva, vel vi possessa res usucapi potest; veluti si in domini potestatem reversa fuerit: tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.*

NOTÆ.

3. *In potestatem domini*) Non utique ejus, cui surrepta est, *l. 4. §. 6. h. t. l. ult. de vi bon. rapt.* Igitur si creditori res surrepta sit, in domini potestatém redire debet, *d. l. 4. §. 6.* nisi dominus ipse surripuerit: ita accipe Paul. *l. ult. eod.* in potestatem domini rediisse videtur, cùm possessionem ejus nactus est justè, ut avelli non possit, & tamquàm suæ rei, *d. l. 4. §. 2.*

COMMENTARIUS.

1 Si res pignori data surrepta sit, utrius in potestatem redire debeat, ut vitium purgetur: domininę debitoris, ac creditoris?

RErum furtivarum vi possessarum contra legem Juliam datarum vitium purgatur, si in potestatem domini, aut prioris possessoris redierint: ex quo fit, ut jam iterum usucapi posse incipiant, *l. 4. §. quod autem. 6. l. ubi 24. §. 1. hoc tit. l. pen. de leg. Jul. rep.* Verbum potestatis in proposito possessionem significat, & potestatem habendi tenendique, *d. l. 4. §. tunc. 12.* Res vi possessa redire debet in potestatem ejus, qui dejectus est, ut maximè dominus non sit: neque enim aliter vitium violentiæ purgatur, quàm si dejectus ipse restituatur in possessionem, *fac. l. 6. §. 3. de precar.* Res contra legem repetundarum data necesse est ut revertatur in potestatem ejus, à quo profecta est, hæredisve ejus, *d. leg. pen. de leg. Jul. rep.* Rei autem furtivæ vitium ut purgetur, in ipsius dominii potestatem eam reverti oportet, *d. leg. 4. §. quod autem. 6.* quippe furium in re furtiva solum dominium lædit: cui proinde soli etiam de re furtiva condictio competit, *§. ult. inst. de obl. quæ ex del.* Plane nihil interest, utrum in potestatem domini aut possessoris res pervenerit, an quocumque modo his satisfactum sit, *d. l. 4. §. sed & si 13. l. si fur. 32. pr. eod. l. quamvis. 84. de furt.* De re pignori data & surrepta creditori dubitari potest, in domini debitoris, an creditoris potestatem redire debeat, ut vitium purgetur, & usucapi possit: nam Paulus respondit, in domini potestatem redire debere, *d. l. 4. §. quod autem. 6.* Labeónis quoque eadem sententia est, *l. ult. eod.* Idem tamen Paulus *d. l. ult.* notas ad Labeonem scribens contra affirmat, rem pignori datam & surreptam usucapi posse, si in potestatem creditoris redierit. Sed hæc non magno negotio conciliari possunt. Refert enim, utrum debitor ipse, an alius rem creditori surripuerit. Posteriore casu semper necesse est, ut vitium purgetur, in potestatem debitoris rem reverti, *d. l. 4. §. quod autem. 6.* atque hoc etiam Labeo sensit. Priore autem casu purgatur reversa in potestatem creditoris, neque hoc Labeo negaret, fuitque semper extra omnem controversiam, atque à Paulo tantùm indicatur, ut ostendat, posse aliquando pignus, quod in potestatem creditoris rediit, usucapi: quod Labeo non expresserat. Fuit autem; ut dixi, illud explorati juris: siquidem ratio aliqua esse debet purgandi vitii per reversionem rei in potestatem alterius quàm furis. Enim verò hoc amplius usucapionem admittebat Cassius, etiamsi pignus à debitore surreptum & distractum in potestatem creditoris nondum pervenisset: eaque sententia etiam obtinuit, *d. l. 4. §. si rem. 21. l. 5. pro empt.* quamvis aliis, nec dubito quin Labeoni etiam & successoribus ejus, displicuerit, & absurdum visum sit, ab eodem & fieri furtum, & furtum emendari: quorum sen-

sententia etiam expressè confirmari videtur *l. 6. 3. pro empt.* Verùm Cujac. *in d. l. 4. §. si rem. 21.* ita distinguit. Aut debitor non tenente creditore pignus alii vendidit, & tunc ab emptore usucapi non potest, quia in ipsa venditione furtum committitur, nec post admissum furtum vitium purgatur in re potestatem non redeunte; ac de hoc casu loqui putat *d. l. 6. C. pro empt.* aut tenenti creditori pignus aufert, & deinde vendit, & tunc ab emptore usucapi posse existimat: quoniam postquam furtum factum est, res in potestate debitoris fuit; auque hoc ostendere, *d. l. 4. si rem. 21. hoc tit. & d. l. 5. pro empt.* Illud constat, tractari in hac quæstione de re aliena, quæ à bonæ fidei possessore pignori obligata est, ut sit locus usucapioni pro emptore, *d. l. 5. pro empt.* Quamvis enim res aliena pignori non sit, inter ipsos tamen, qui contraxerunt rata est pignoris conventio, *per l. 9. §. pen. l. si pignore 22. §. 2. de pign. act.*

TEXTUS.
De re fiscali & bonis vacantibus.

4. *Res fisci nostri usucapi non potest; sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse, & ita divus Pius, & divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

NOTÆ.

4. *Res fisci*) *L. 18. L. 24. §. 1. hoc tit.* Sunt & aliæ, ut res dominicæ, *C. ne rei dom. vel templ.* civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum, &c. de quibus, *l. ult. C. de fund. patrim. l. ult. C. de fund. rei priv. lib. 11. l. 23. C. de SS. eccl. Nov. 9. Nov. 111. Nov. 131. c. 6.* Res pupillorum, *l. 3. C. quib. non obst. long. temp. præsc.* minorum, *l. ult. C. in quib. ca. in int. rest.* præsidi contra leg. Juliam datæ, *l. pen. de leg. Jul. rep. l. 48. de acq. rer. dom.* bona adventitia filiifam. *l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* denique res prohibitæ alienari aut lege aut testamento, *l. 2. C. pro empt. l. 16. de fund. dot.*

COMMENTARIUS.

1 *Hoc §. tolli videri præscriptione quadriennii, quæ olim bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum.*

INter res, quæ juris constitutione usucapioni obnoxiæ non sunt, quarum summam complexus sum sub §. 1. *sup.* primum locum obtinent res fisci, *l. quamvis 18. l. ubi 24. §. 1. hoc tit. l. 2. C. com. de usuc.* Hoc autem privilegium rebus fiscalibus merito datum est, ne negligentia procuratoris fisci Principi noceat, qui aliis curis implicatur, & tot ac tanta negotia sustinet, ut de suis aut fisci rebus ipsi inquirendi otium non sit. Rerum patrimonialium eadem ratio est, quæ ob id etiam cum fiscalibus comparantur, *§. ult. eod.* Nullane igitur temporis defensio possessorem adversus fiscum tuetur? De fundis patrimonialibus & rei privatæ rescriptum est, possessores eorum 40 annorum præscriptione defendi, *l. ult. C. de fund. patrim. lib. 11. l. ult. C. de fund. rei priv. lib. eod.* Tantùm hoc cavetur, ut ne adversus fiscum ea præscriptione hoc assequantur, ut in futurum a canone possessio sit immunis, *l. 6. C. d. tit.* Cæterum Justinianus, *l. ut inter 23. C. de sacros. eccl.* civitatibus hoc privilegium dedit, ut adversus eas nulla procedat temporis præscriptio, præterquam 100. annorum: quo jure vel magis fiscum uti oportet. Idem jus eodem loco concedit etiam Ecclesiis: & confirmat *Nov. 9.* verùm abrogat iterum *Nov. 111. & Nov. 131. c. 6.* substituta pro 100. annorum 40. præscriptione: quibus posterioribus constitutionibus sublatum quoque intelligi debet jus civitatibus datum, *l. 23. C. de sacros. Eccles.* atque ita postremò in his rebus reditur ad præscriptionem 40. annorum. In causis fisci criminalibus, uti persecutio criminum regulariter exceptione 20. annorum excluditur, *l. querela 12. C. ad leg. Corn. de fals.* ita etiam persecutio bonorum damnati aut adnotati, quam fiscus habet: eòque refero, *l. in omnibus 13. de divers. temp. præscr.* quamvis D. Cujac. eam accipiat de casibus fisci civilibus, quas omnes scribit 20. annis extingui, excepta causa commissi & bonorum vacantium, *l. 2. C. de vect. & comm. l. 1. §. 2. de jur. fisc.*

Bonis vacantibus) Bona vacantia dicuntur eorum, qui sine hærede decesserunt. Strabo *lib. 17. à Geograph.* ἀδέσποτα vocat Harmenopulus ἀκληρονόμητα, *lib. 3. tit. 1. §. 18.* Hæc ex lege Julia caducaria ad fiscum pertinent, *l. quidam 96. §. 1. l. filiusfam. 114. §. 2. de legat. 1. l. 1. de jur. fisc. l. 1. C. de quadr. præscr. lib. 1. C. de bon. vac. &c.* Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur, *lib. 2. Feud. tit. quæ sint regal.* Erant autem certi delatores, qui hujusmodi bona aliamve rem ad fiscum pertinentem præmii alicujus gratia nuntiabant, *tit. de jur. fisc. passim*, similes fere antiquis quadruplatoribus, de qua voce vide *Fest.* Bonorum vacantium numero habenda etiam bona caduca nondum nuntiata, ita dicta, quòd in fiscum certis de causis cadunt. Verùm caduca pene à Justiniano sublata sunt, *l. un. C. de cad. toll.*

Fisco

Fisco nondum nuntiatis) Nempe à delatoribus, qui nuntiabant, aliquid cecidisse in fiscum, *passim tit. de jur. fisc.* de quo ex professo Gudelin. *lib. 5. de jur. noviss. c.* 10.

Usucapere posse) Opus tamen ad introducendam usucapionem rerum vacantium fuisse rescriptis, indicat hic locus, *& d. l.* 18. *eod.* quippe bona vacantia ad fiscum pertinent ipso jure, etsi in patrimonio fisci non videantur computari, antequam nuntiata sunt, & fiscus
1 ad ea animum adjecit. Videtur autem Justinianus hic tollere præscriptionem quadriennii, quæ bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum post quadriennium agentem, *l. 1. Cod. de quadrien. præsc. l. 1. §. 2. de jur. fisc. l. 10. de div. temp. præscr.* Nam olim quidem hic sua utilitas & præscriptioni quadriennii & usucapioni anni aut biennii adversus fiscum fuit: præscriptioni in eo, quòd fisco ea obstabit sine consideratione bonæ aut malæ fidei possessoris, quippe cùm hoc tempus actioni fisci præstitutum esset, uti quinquennium vindicandæ rei, quæ in commissum cecidisset, *l. 2. C. de vect. & comm.* usucapioni in eo, quod breviori tempore impleatur. Si verò idem tempus in usucapione rerum immobilium vacantium adversus fiscum desideramus, quòd aliarum hujus generis rerum usucapioni Justinianus præstituit, poterit fiscus usque ad 10. annos quæstionem de his rebus movere, neque amplius finietur nuntiatio quadriennio. Et tamen vix dubito, quin hæc mens Justiniani fuerit: argumentoque est, quod Tribonianus *in l. quamvis* 18. *hoc tit.* pro eo, quod Modestinus scripserat, *usucapiet*, reposuit *diutina possessione capiet*: uti primæ notæ Scriptores omnes profitentur. Hæc vulgo intacta.

Textus.

Regula generis.

5. ***Novissimè sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut à bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.***

Commentarius.

Conclusio superiorum. In summa autem hoc dicit, non sufficere possessori ad usucapionem, quòd bona fide possideat, quòd rem ex justa causa seu titulo ad transferendum dominium idoneo acceperat, nisi res sit integra, & in se nullum vitium habeat, id est, talis sit, quæ neque natura, neque lege usucapioni exempta est, *fac. l. ubi* 24. *hoc tit. l. 5. C. pro empt.* De possessione, quæ fundamentum est usucapionis & causa proxima, deque ejus continuatione, dicam ad §. *diutina* 7. *infr.*

Textus.

De errore falsæ causæ.

6. ***Error autem falsæ causæ usucapionem non parit; velut si quis, quum non emerit, emisse se existimans, possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donato possideat.***

Commentarius.

Jam ante dictum est, nulla justa causa possessionis præcedente, usucapionem aut longi temporis præscriptionem non procedere, *l. null.* 24. *C. de rei vind. l. 4. C. de præsc. long. temp. l. 6. C. de acq. poss.* Hæ causæ in usu juris etiam tituli appellantur, *l. ult. C. de usuc. pro hær. d. l. nullo* 24. *C. de rei vind. d. l. 4. C. de præscr. long. temp.* Justæ autem causæ possessionis sunt eædem, quæ & dominii acquirendi, *l. 3. §. 21. de acq. poss.* ubi pleræque hujus generis commemorantur. Error autem falsæ causæ, id est, opinio justi tituli usucapionem non parit, sed oportet titulum revera intervenisse: hoc est, non is, qui putat se emisse, sibi donatum aut legatum esse, cùm non sit, pro emptore, pro donato aut legato usucapere potest; sed is solus, qui verè emit, cui res verè donata aut legata est, *l. Celsus* 27. *hoc tit. l. 1. pro donat. l. 2. & 3. pro legat. l. 7. pro derel. l. 1. §. ult. pro dot.* quippe falsa nostra existimatio rei veritatem non mutat, *l. 6. ad munic.* Quidam tamen veterum censebant, in falsa opinione tituli admittendam esse usucapionem pro suo: sed errare eos Celsus ostendit, *d. l.* 27. Utitur autem hac ratione, quòd ubi nihil emptum, nihil donatum aut legatum est, usucapio pro emptore, pro donato aut legato non valeat. Quæ ratio prima fronte inepta videri potest: nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei possessorem, qui modò emptum, donatum aut legatum sibi existimet, etiamsi nihil horum sit, pro emptore, prove donato aut legato usucapere posse, sed pro suo: quod ratio Celsi non videtur removere, quoniam & titulus pro suo justus titulus est. Explicanda igitur est Celsi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in proposito nec locus sit usucapioni pro suo. Titulus pro suo duplex est, unus specialis, qui ex sola conditione rei possessæ nascitur, & locum habet in his,

his, quæ sola usucapione nostra fiunt, ex quo titulo certa usucapio, *l. 2. pro suo*, alter generalis, cohærens cum aliis omnibus causis: ut ecce, qui bona fide pro emptore pro donato, prove legato possidet, is simul ex his causis etiam possidet pro suo: sed hic titulus generalis pro suo, pro justo titulo possessionis non habetur, nisi concurrat alius specialis; cui ille adhæreat, *l. 1. pro suo*. Jam puto intelligitur, quam vim ratio Celsi habeat; nimirum remoto alio titulo speciali, quem in proposito nullum esse in confesso est, admitti non posse generalem illum pro suo. Cæterum hoc totum sic acceptum est, ut justus & probabilis error possessoris usucapioni non obstet, veluti, si servus aut procurator rem aliquam se emisse falso domino persuaserint, quam emendam illis mandaverat: in hoc errore possessor pro emptore usucapiet, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est, *leg. quod vulgo 11. pro empt. l. ult. §. 1. pro suo*. Potest & in nostro ipsorum facto talis error intervenire, ut usucapio non impediatur, *l. 2. §. si à pupillo 15. & §. seq. pro empt.*

TEXTUS.

De accessione possessionis.

7. *Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncto & hæredi & bonorum possessori, continuatur, licèt ipse sciat, prædium alienum esse. Quòd si ille initium justum non habuit, hæredi & bonorum possessori licèt ignoranti possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur.*

NOTÆ.

7. *Diutina possessio*) Sine possessione usucapio non procedit, *l. 25. h. t.* Non autem præcisè exigitur possessionis continuatio in una eademque persona: sed receptum, ut etiam alienæ possessionis accessione uti liceat, *l. 14. h. t. l. 2. §. 19. & seq. pro empt. l. 13. §. 1. & deinceps de acq. poss. l. 14. de div. & temp. præsc.*

Hæredi continuatur) L. 43. *h. t. d. l. 2. §. 19.* eadem ratione, qua perseverat usucapere, qui postea cognovit rem alienam esse, *l. 48. §. 1. de A. R. D.* nam hæres defuncti vice fungitur, *l. 22. hoc tit.*

Hæredi non procedit) Quia etiam ἁμαρτίας ἐστὶ κληρονομία, hæres non tantùm in virtutes, sed etiam in vitia defuncti succedit, *l. 11. de div. & temp. præsc. l. 11. C. de acq. poss.*

Et in usucapionibus) Sensus est, se constitutione sua cavisse, ut eadem temporis inter hæredem & defunctum continuatio observaretur & in usucapione à se reformata, & rerum quoque mobilium, Cujaciana transpositio non placet.

COMMENTARIUS.

1 *Quid in hoc argumento sit possidere.*
2 *Possessionem legitimi temporis ad usucapionem definiti continuatam requiri.*
3 *Interrumpi possessionem duobus modis: & quis utriusque effectus.*
4 *Ad implendam usucapionem etiam aliena possessionis accessione uti licere.*
5 *Justam possessionem defuncti prodesse hæredi etiam scienti rem alienam esse: injustam defuncti non prodesse licèt ignoranti. Et quam rationem utrumque habeat.*
6 *Cujac. Vvesemb. Hotomannus confutantur: & quis sit sensus verborum, in calce hujus §. ostenditur.*

IN primis eum, quem usucapere volumus, possidere oportet. Sine possessione ait Jurisconsultus, usucapio contingere non potest, *leg. 25. hoc tit.* Possidere in hoc argumento is solus intelligitur, qui animo dominantis rem 1 tenet. Quamobrem hinc removentur primùm, qui alieno nomine in possessione sunt, ut fructuarius, creditor, colonus, is cui res commodata, aut apud quem deposita est, *leg. non solum 33. §. qui pignori 4. hoc tit. l. pen. §. 1. qui satisd. cog. §. 4. infr. per quas pers. §. possidere 5. inf. de interd.* deinde etiam sequester, apud quem possessio deposita est: item is, cui possessio tradita est, ut eam postea restituat. Etsi enim hi verè possident, *l. licèt 17. §. 1. depos. l. si quis 17. in fin. de acq. poss.* tamen quoad effectum usucapionis pro possessoribus haberi non possunt: quia rem non ut suam, non animo domini tenent. Possidere autem 2 oportet totum illud tempus, quod lege definitum est, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos, & possidere continenter sine possessionis interruptione. Hinc rectè usucapio à Modestino definitur, adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, *l. 3. hoc tit.* In computatione temporis hoc observatur, ut non à momento ad momentum computetur, sed dies postremus cœptus pro impleto habeatur, *leg. 6. eod.* Interrumpitur possessio duobus modis: 3 uno naturaliter, veluti cùm quis vi de possessione ejicitur, aut res nobis eripitur, *l. 5. eod. l. 15. de acq. poss.* altero civiliter per litis contestationem: hoc modo civiliter interrum-

rumpi possessionem dicimus, quia post litis contestationem verè & naturaliter possidere non definimus, & implemus usucapionem, *l.* 2. *pro don.st. l.* 2. *ult. pro empt.* sed impleta inter moras judicii usucapio effectu juris victo possessori non prodest, sed rem restituere cogitur, perinde quasi non usucapisset, *l. si post* 18. *de rei vin.* Naturalis interruptionis hanc vim fuisse constat, ut etsi quis amissam semel possessionem deinde recuperasset, ei priori, possessionis tempora ad usucapionem aut præscriptionem non prodessent, sed à recuperata possessione tempus denuo inchoaretur:& proinde etiam, quod ad bonam fidem possidentis attinet, initium possessionis recuperatæ spectatum fuisse, *l.* 15. §. 2. *hoc tit. l.* 7. §. *qui bona* 4. *pro empt.* Neque ex hoc jure quicquam mutatum. Litis autem contestatione usucapio non interpellabatur, sed, ut dixi, condemnato possessore erat inefficax: lite omissa erat efficax: At longi temporis præscriptio, quòd facti esset, etiam plenè interrumpebatur lite, ut nec lite omissa ullius momenti esset,etiamsi post omissam litem ex integro is, cum quo actum erat, longo tempore possedisset, *l.* 2. *l.* 3. *l. nec bona* 10. *C. de long. temp. præsc. l. nemo* 10. *C. de acq.poss.* Sed hæc differentia sublata est per *l. pen. & ult. C. de anna. exc. l. un. C. de usuc.transfor.* An ergo & mala fides simpliciter incidens,quæ usucapionem neutiquam interpellabat, *l. bonæ* 48. §.1. *de acq. rer. dom.* interpellavit præscriptionem longi temporis? Id quidem affirmat Cujacius in *d. l.* 2. §.*ult. pro empt.* Verùm hoc nusquam scriptum est: nec eadem effecta, quæ litis contestatione tributa sunt, fuisse scientiæ rei alienæ simpliciter incidentis, argumento est tum vetus usucapio, tum etiam Justinianea, quæ non interrumpitur ex posteriore alienæ rei scientiæ, *d.l. un. C. de usuc. transform.* plenissimè tamen interrumpitur litis contestatione, atque adeo libelli oblatione, ut expressè constitutum est *leg. pen. & ult.C. de annal. except.* Atque hactenus igitur minus est in nova usucapione, quàm in veteri fuit, quòd nova dictis modis plenè interpellatur. Continuationem possessionis
4 dum exigimus, non hoc præcisè exigimus, ut una eademque persona per totum legitimum tempus continenter possideat, sed receptum est, ut ad usucapionem & longi temporis præscriptionem implendam alienæ possessionis accessione uti liceat. Atque hoc tributum est, licèt dissimiliter, de quo statim, tam successori rerum singularum, puta emptori, donatario, quàm successori universi juris, ut hæredi aut bonorum possessori, *hoc text. &* §. *seq. leg.* 14. *eod. leg.* 2. §. *si defunctus* 19. *& seq. pro empt. leg. Pomponius* 13. §. 1. *& seqq. de acquir. poss. l. de accessionibus* 14. *de div. temp. præscr.*

Licèt ipse sciat prædium alienum esse. Quòd si ille initium justum non habuit) Hæc non ad quemvis successorem, sed ad successorem universi juris, hæredem, aut bonorum possessorem tantùm pertinent. Duo autem hìc traduntur: unum est, justam possessionem defuncti prodesse hæredi, & procedere etiamsi hæres sciat rem alienam esse, quod & traditur *l. hæres* 43. *hoc tit. l.* 2. §. *si defunctus* 19. *pro empt.* alterum, injustam possessionem defuncti hæredi non procedere, licèt ignoret rem alienam esse, *fac. l. cum hæres* 11. *de div. temp. præscr. l. vitia* 11. *C. de acq. poss.* Utrumque eamdem rationem habet, quia scilicet hæres personam & conditionem defuncti suscipit, ita ut una persona cum defuncto censeatur. Hoc enim posito, qualitas possessionis ex persona defuncti tantùm æstimanda, ut illa vel prosit hæredi, vel noceat: prosit, si defunctus bonum initium habuerit, etsi hæres non habeat; noceat, si defunctus bonum initium non habuerit, etiamsi hæres habeat: & perinde per omnia habeatur, ac si defunctus adhuc ipse possideret. Succedit itaque hæres non tantùm in virtutes defuncti, sed etiam in vitia, nec ignoratione sua ea excludit, ut ait Papinianus *d. l.* 11. *de div. temp. præsc. & Impp. d. l.* 21. *C. de acq. poss. Vitia possessionum*, inquiunt, *à majoribus contracta, perdurant, & successorem auctoris sui culpa comitatur.* Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui hæredem volentem uti accessione possessionis defuncti à semetipso inchoare possessionem, atque usucapionem præscriptionemve statuto tempore implere posse arbitrantur: quod jus tantùm singularis est successoris, ut postea demonstrabitur. Nihil verò eorum opinionem juvat, *l. pen. pro hæred.* Neque enim negamus, posse aliquando hæredem usucapere, quod defunctus non potuit: sed dicimus, non posse, quod defunctus vitiosè possedit. Ut ecce, potest hæres ex sententia plerumque veterum usucapere rem, quam putat hæreditariam esse, cùm non sit, sed defuncto commodata, aut pignorata, aut apud eum deposita: quomodo explicanda est *d. leg. pen.* nimirum quia nihil ex persona defuncti hìc obstat hæredi, quominus ipse eam rem pro hærede usucapere possit: quamquam sunt, inter quos etiam Bachovius, qui nec hoc ipso casu usucapionem pro hærede admittunt, per *l.* 2. *& ult. C. pro hær. leg.* 4. *C.de præscr. long. temp.* Sed hoc si sequimur delendi erunt *tit. de usuc. pro hære-*

de, possuntque *dd. ll.* 2. *& ult.* commodè accipi de iis, qui falso existimant se hæredes esse: & *d. leg. ult. cum de leg.* 4. etiam de vero hærede, sed qui rem ex titulo ad usucapionem inhabili tenens, possessionis causam sibi mutare conatur, eamque rem obtentu, quasi hæreditaria esset, pro hærede usucapere; cujusmodi species proponitur *d. l.* 2. §. 1. *pro hærede*. VINN. Titulus pro hærede qualis sit, adparet ex Pomponii verbis, *l. pen. ff. pro hæred. Plerique putaverunt, si hæres sim, & putem rem aliquam ex hæreditate esse, quæ non sit, posse me usucapere*. Pouendus itaque casus, quo hæres sine mala fide vel sua vel defuncti rem alienam possidet. Tale exemplum est B. Pagenstecheri in *Admonitor. ad Pand. Part.* 6. §.160. si ovis Titii immiscuerit se Mævii defuncti gregi, inscio Mævio. HEIN.

Quòd nostra constitutio similiter & in usucapionibus) Hunc versum transposuit Wesembecius secutus auctoritatem Cujacii, qui putavit, eum non suo loco positum esse, & reponendum post §. *sequentem*; propterea quod Justinianus constitutione sua *l. un. C. de usuc. transf.* nihil novi caverit de continuatione possessionis defuncti & hæredis: sed quod ex rescripto Severi & Antonini tantùm obtinebat in præscriptione longi temporis, ut inter emptorem & venditorem tempora conjungerentur, traxisse ad usucapionem, in qua olim successor singularis propter brevitatem temporis accessione possessionis auctoris sui non utebatur, per *leg. si ædes* 32. §. 1. *de ser. præd. urb.* In quo vix est: ut Cujacio assentiri possim. Nam in *leg. id tempus* 14. *hoc tit.* expressè etiam emptori & legatario prodesse dicitur tempus, quo venditor & testator possederunt: prodesse scilicet etiam ad usucapionem, de qua ex professo isto titulo agitur. Similiter Ulp. in *l. Pomponius* 13. §. 1. *& seqq. de acq. poss.* latissimè disputans de accessione temporis, qua posterior possessor utitur ex persona auctoris sui, in tota illa disputatione nullius differentiæ meminit, quæ hac in parte sit inter usucapionem, & longi temporis præscriptionem. Quin etiam disertissimis verbis scriptum à Paulo est emptori tempus venditoris ad usucapionem procedere, *l.* 2. §. *pen. pro empt.* Hoc amplius Scævola etiam emptorem servi uti accessione venditoris, *l. in accessionibus* 12. §. 2. *de div. temp. præscr.* Atqui constat, res mobiles anno ubique usucaptas fuisse. Nec absurdum est, in ea temporis brevitate pari spatio duorum conjuncta possessione rem acquiri, quo unius, immo duorum possessione domini conditio melior: quoniam tam in successore volente uti accessione bonum initium exigitur, quàm in auctore ejus, cum unius usucapionem mala fides superveniens non interpellet. Hæc autem omnia Triboniano adscribere magnæ temeritatis est. Neque in *d. l. si ædes* 32. §. 1. *de serv. præd. urb.* agitur de emptore aliove, in quem ex justa causa possessio ab auctore translata est, quo demum casu locus est conjunctioni temporum; sed de eo, qui interpellata usucapione, propterea quod res simpliciter possideri desita esset, postea eamdem rem possidere cœpit. Quomodo igitur defendimus, quod Justinianus ait de conjunctione temporum à se introducta in usucapionibus, similiter ut in diutina possessione? Hotomannus existimat totam hanc disputationem ante Justinianum nihil ad usucapionem pertinuisse, sed ad longi temporis præscriptionem dumtaxat: ac ne hæredi quidem tempora in usucapionibus continuata, sed id primum effectum esse constitutione Justiniani; idque esse, quod hoc loco Justinianus significet. Verùm hanc sententiam falsam esse ostendunt quotquot sunt loci, quos modò citavimus: & de hærede hoc amplius jam ante obtinuit, ut nec scientia continuatio temporum in usucapione impediretur, *l. hæres* 43. *hoc tit. l.* 2. §. *si defunctus* 19. *pro empt.* idque locum haud dubiè etiam habui in usucapione rerum mobilium: neque simplex scientia hæredis rem magis furtivam facit, quàm si defunctus ipse ante impletam usucapionem rescivisset rem alienam esse. Quapropter omnino existimo, Justinianum, nisi forte quid falso sibi attribuerit, his verbis: *Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus, &c.* nihil aliud significare, quàm se in usucapione à se reformata nihil innovasse, quod attinet ad continuationem temporum inter defunctum & hæredem: sed eam observari voluisse etiam in sua usucapione & rerum quoque mobilium, uti ea antea observabatur, & maximè *in diutina* possessione, in qua frequentior erat propter longioris temporis spatium. Non meminit quidem nominatim defuncti & hæredis, sed tamen generaliter antecessoris & successoris cujusvis; quod satis est ad retinendum hunc versum in suo loco: ita propemodum & Car. Hannib. Fabrot. *in not. ad Theoph.* Hinc simul apparet, abuti hoc textu DD. qui eum adducunt ad probandum, usucapionem tantùm esse rerum mobilium.

TEXTUS.

8. *Inter venditorem quoque & emptorem conjun-*

jungi tempora, Divi Severus & Antoninus rescripserunt.

Notæ.

8. *Venditorem & emptorem*) Cæterosque singularis rei successores, *l. 15. §. 10. & seq. de acq. poss. l. 5. l. 14. de div. præs.*

Conjungi tempora) Modò uterque bona fide acceperit. Vide sus. in comment.

Commentarius.

1 *Quando successor singularis accessione possessionis auctoris sui uti possit.*

2 *Vitium auctoris successores neque nocere, neque prodesse.*

De conjunctione temporum inter priorem possessorem, & universi juris successorem dictum §. *præc.* hic de eadem conjunctione agitur inter venditorem & emptorem, quòd tamen jus ad cæteros quoque pertinet, qui alio titulo singulari etiam lucrativo rem acceperunt, puta ex causa donationis, aut legati, *l. id tempus 14. pr. & §. 1. h. t. l. Pomponius 13. §. sed & 10. & seq. de acq. poss. l. 5. l. in accessionibus 24. §. 1. de div. temp. præsc.* Scriptum hic simpliciter est, inter venditorem quoque, & emptorem tempora conjungi: an igitur eodem modo, quod inter defunctum & hæredem? Nequaquam: sed ita, si uterque bona fide rem acceperit. Proinde si emptor jus-
1 tum posidendi initium non habuerit, etiamsi venditor habuerit, non utetur emptor accessione venditoris, contra quam existimat Hotomannus: nam traditum est, vitiosæ possessioni nullam ne justam quidem posse accedere, *d. l. Pomponius 13. in fin.* Quamquam diversum est in successione universi juris: de quo abundè §. *præc.* Ex contrario quoque vitiosa venditoris possessio non prodest justæ possessioni emptoris, sed qui vult uti adminiculo ex persona auctoris, eo uti debet cum sua causa suisque vitiis, *d. l. Pomponius 13. §. 1.* id est, eadem conditione eodemque jure, quo auctor uteretur. Denique hoc etiam traditum est, nec vitiosam possessionem accedere posse ei, quæ vitiosa non est, *d. l. Pomponius 13. in fin.* Planè non nocebit successori, quod auctor ejus bono initio nixus rescivit rem alienam esse, antequam eam alienaret: quia, si non alienas-
2 set, ipse eam usucapere potuisset. Quid si successor accessione auctoris uti nolit, sed sua tantùm possessione tempora computare, an hic etiam vitium auctoris ultro nocebit successori? Placuit, quemadmodum vitium auctoris successori non prodest, si accessione uti velit, ita neque nocere, si accessione uti nolit: denique successorem per se usucapere posse, quòd auctor usucapere non potuit, *d. l. 5. de div. temp. præscr. l. 4. §. de auctoris 27. de dol. exc. l. 4. C. de rei vind.* quod tamen ex parte emendatum & temperatum est distinctione, quæ extat in *authent. mala fidei, C. de præscr. long. tempor.* In hoc autem dissimilis item causa hæredis est, cui vitiosa defuncti possessio nocet, etiamsi adminiculo ex persona defuncti uti nolit: quippe qui tam in vitia quàm in virtutes defuncti succedit, & eadem cum defuncto persona esse existimatur, *l. cum hæres 11. de div. temp. præscr.* vid. §. *præced.* Loquimur autem de vitio personæ possessoris: nam quod vitium in re est, puta si res furtiva sit aut vi possessa, id generaliter successoribus omnibus nocet, §. *novissimè, supr. l. ubi 24. eod. l. 7. C. pro empt.* Illud addo, si medio tempore alius possederit, interruptam esse possessionis continuationem, atque in ea re similes esse emptores universi juris successoribus, *d. l. Pomponius 13. §. quæsitum 4. de acquir. possess. l. possessio 20. hoc tit.*

Textus.

De his qui à fisco, aut Imp. Augustæve domo aliquid acceperunt.

9. *Edicto divi Marci cavetur, eum, qui à fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit iis, qui à fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi statim fiant, & victores existant, sive experiantur, sive conveniantur: adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint, sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui à nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.*

Notæ.

9. *Constitutio Zenonis*) *L. 2. C. de quadr. præscr.* Fisco hoc tributum, quo paratiores reperiat in subhastationibus emptores. Wes.

Commentarius.

1 *Ærarium etiam post occupatam Rempub. diu* di-

dictam pecuniam publicam, ſive imperii; fiſcum pecuniam Principis privatam, poſtea utrumque verbum promiſcuè uſurpatum.

2 *Præſcriptionem quadriennii fiſcalem, & veteri juri incognitam, & Canonibus improbatam: neque uſu apud pleroſque receptam eſſe.*

SI *poſt venditionem quinquennium*) Mentio fit hujus edicti D. Marci *l. ult. C. ſi adv. fiſc.* In hac autem præſcriptione quinquennii nullam factam fuiſſe diſtinctionem inter bona aut mala fide quid à fiſco accipientem apparet ex eo, quòd alioqui melior conditio fuiſſet ejus, qui à privato emiſſet, quàm qui à fiſco: ſiquidem is, qui à privato bona fide rem emerat, ad ſummum biennio jam uſucapiebat.

Conſtitutio Zenonis) Ea eſt, *l. 2. C. de quadrien. præſcr.* Olim quinquennii præſcriptione tuti erant qui quid alienum emerant à fiſco. Hodie ſtatim tuti ſunt ex conſtitutione Zenonis, ſive conveniantur, ſive ipſi amiſſa forte rei poſſeſsione ultro agant. Fiſco autem alienanti rem alienam, vel alii pignori obligatam datur præſcriptio quadriennii, ſi poſt quadriennium eo nomine conveniatur à domino, aut creditore pignoratio, *d. l. 2.* Quod ideo ſic conſtitutum eſſe videtur, ut tanto facilius emptorem fiſcus reperiat; tum etiam ne reſcindatur venditio facta publica actoritate: alioqui ſanè durum atque iniquum eſt domino aut creditori, jus vindicandi, aut perſequendi rem ſuam, aut ſibi nexam ſtatim auferre, iiſque objicere tam potentem adverſarium.

Sacratiſsimum ærarium) Hic diſertè fiſcus appellatur ærarium Principis, uti & in *l. 2. & 3. C. de quadr. præſcr.* Neque cauſam habet Hotomanus, cur eo nomine Tribonianum reprehendat; & falſum eſt, quod ſcribit, ærarium eſſe rerum Principis privatarum, quibus ſcilicet ipſius patrimonium conſtet; fiſcum verò cæterarum omnium, quæ ſacræ largitiones, & ſacri theſauri paſsim appellentur: eamque differentiam in *dd. ll.* accuratè obſervatam. Scimus, locum, ubi pecunia publica reponebatur, Romanis ærarium appellatum, eumque locum fuiſſe in æde Saturni, quò etiam Senatus conſulta deferebantur; teſtes paſſim Livius, aliique Scriptore. Ipſam quoque pecuniam publicum ærarium dictam κατὰ μετωνυμίαν. Cic. 3. *Tuſc. c. 20. Et quidem C. Gracchus cum largitiones maximas feciſſet, & effudiſſet ærarium, verbis tamen defendebat ærarium.* Idem *ad Attic. l. 6. ep. 1. Ariobarzanes nullum ærarium, nullum vectigal habebat.* Illud quoque conſtat, poſt occupatam Rempub. ærarium 1
adhuc diu dictum fuiſſe pecuuiam publicam ſive imperii, & à fiſco ſeparatum: fiſcum enim dixerunt pecuniam Imp. propriam ac privatam, cujuſmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantia, aliaque ἀδέσποτα quæ Principi deferebantur. Plinius in *Panegyr. Trajano dict. At fortaſſe non eadem ſervitute fiſcum, qua ærarium cohibes? Immo tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo quàm de publico credis.* Et paulo poſt. *Quæ præcipua tua gloria eſt, ſæpius vinc tur fiſcus: cujus mala cauſa eſt numquam, niſi ſub bono Principe.* Ulpianus in *l. 2. §. 4. ne quid. in loc. publ. Res*, inquit, *fiſcales quaſi propriæ & privatæ Principis ſunt.* Hinc ratio fiſci idem quod ratio Principis & ratio privata, *l. pen. C. de edend. l. 2. C. de priv. fiſ.* Procedente tempore, dictintio illa ærarii & fiſci evanuit, ac utraque voce promiſcuè uſi ſunt, unaque tantùm ſub Græcis Principibus diſtinctio uſurpata, fiſci & bonorum Principis patrimonialium; quod hic locus apertè oſtendit, & unde deſumptus eſt, *l. ult. C. de quadr. præſc.* Id autem inter res fiſcales & patrimoniales intererat, quòd etſi utræque Principis erant, illæ eſſent principis qua talis, & ideo publicæ; eæ propriæ Zenonis, Juſtiniani, & ideo privatæ: unde & comites rerum privatarum dicti, quibus harum rerum cura demandata, *tit. C. de off. com. rer. priv.* qui antea procuratores patrimonii appellabantur, *l. cum ſervus. 39. §. ult. de legat. 1.* Planè vocabulo ærarii aliquando latius uſi ſunt, ut eo etiam ſignificarent res Principis privatas, veluti cum in *leg. un. C. de qu. & magiſtr. offic. lib. 12.* comitiva utriuſque ærarii dicitur, id eſt, ſacri ſive fiſcalis, & privati. Qui fiſcali præerat, in ſpecie comes ſacrarum largitionum & theſaurorum appellari videtur, *l. 3. C. ubi ſenat. vel clariſſ. l. 2. C. ut dign. ord. ſerv. lib. 11.*

Noſtra autem divina conſtitutio) Intelligit *l. ult. C. de. quadr. præſcr.* qua conſtitutione quod Zeno fiſco ſtatuerat, producit ad ſubſtantiam Principis privatam, ut ſcilicet etiam rerum patrimonialium emptor ſtatim ſecurus ſit, & dominus quadrienni præſcriptione excludatur. Aſſertque hanc conſtitutionis ſuæ rationem, quòd cùm omnia Principis eſſe intelligantur, ſive res ſint fiſcales, ſive privatæ Cæſaris; nulla, quod attinet ad harum rerum alienationem, differentia introducenda ſit. Explodendi autem ſunt qui hinc colligunt,
omnia omnino & bona etiam ſubditorum pro- 2
pria eſſe Principis. Eadem conſtitutione etiam Sereniſsimæ Auguſtæ idem privilegium concedi-

ditur. Hoc jus atque hæc præscriptio fiscalis veteribus incognita fuit, uti liquet ex *l. nec ullam.* 13. §. *item si quis* 9. *de hær. pet.* Jus Canonum eam inprobat *c. placuit.* 16. *q.* 3. nec apud nos recepta Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de præscript.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 82. *n. ult.* ubi etiam alios allegat, qui tradunt, hunc §. *&* *tit. C. de quadrien. præscript.* in usu non esse. Aliud tamen visum Groenevv. *hic tract. de legib. abrog. arg. decis.* 15. *cur. Holland.*

TITULUS SEPTIMUS.

DE DONATIONIBUS.

Dig. Lib. 39. *Tit.* 5. 6. *C. Lib.* 8. *Tit.* 54. *Nov.* 162.

1 *Absolutam inter vivos donationem ad acquisitiones juris gentium pertinere.*

2 *Sitne donatio modus acquirendi, an titulus, sive causa.*

3 *Series hujus tituli.*

Usucapionem, de qua proximè egimus, esse modum acquirendi jure civili extra
1 controversiam est: utrum autem donatio quoque eò pertineat, ambigitur. Et quidem absolutam inter vivos donationem, quæ traditione perficitur, & potissima donationis species est, nemo opinor, tam est excors, qui juri civili adscribendam putet. Quid enim habet illa à jure civili, quod ad formam ejus aut perfectionem pertineat? Quid tam naturale est quàm hominem homini bene facere? Ad liberalitatem natura propensi sumus, testibus Cic. *in Læl.* & Sen. *in lib. de benef.* Antiquitas nihil aliud existimavit esse Deum, quàm prodesse mortalibus. De quo Desiderius noster *in Chiliad.* Ad hæc, nihil magis rationi naturali convenit, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferentis ratam haberi, Demost. *adversus Leptin.* ex causa liberalitatis id fiat, an ex qua alia, nihil refert, auctore ipso Justiniano §. *per traditionem.* 40. *sup. de rer. div.* ubi nominatim etiam donationem refert inter causas acquisitionis juris gentium. An vel apud Sinas aut Japones credimus nullum esse exercitium liberalitatis, nullum donationis usum? At inquis, lex Cincia supra modum donare prohibuit: & nunc donatio excedens summam 500. solidorum insinuanda est. Quid tum postea? Lex Fusia Caninia vetuit ultra præscriptum numerum manumittere, an ideo manumissio ex jure civili est? Quarumdam rerum vetita est distractio, an idcirco emptio, venditio, contractus juris gentium non est, sed juris civilis? Planè cùm necessitas insinuandi donationem, quæ excedit supradictam summam, à jure civili sit, concedo, tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam sola voluntate & traditione donantis non perficitur, posse referri inter modos acquirendi jure civili, *arg. l.* 6. *de just. & jur.* ut tamen non meri juris civilis habeatur, sed mixti, & maximam adhuc partem naturalis: aliæ autem omnes, quæ quantitatem legitimam non excedunt, juris merè naturalis, sive gentium manent. Quomodo ergo defendimus methodum Justiniani? Nimirum si dicamus, Justiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis, mortis causa, & propter nuptias: quæ ad jus civile non ineptè referuntur, ut postea palam fiet. Hoc autem ipsa series tractationis ostendit, cujus initium à mortis causa donatione capitur: cùm alioqui converso modo de donatione vera & absoluta primo loco agendum fuisset, uti factum est *in Pand. & Cod.* Occurrit hic & 2
aliud dubium, sitne scil. donatio modus acquirendi dominii, an solummodo titulus sive causa, ut emptio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit ut dicamus, esse acquirendi modum: contra vero causam tantùm acquirendi esse, probat *d.* §. *per traditionem.* 40. *de rer. div.* Verùm hoc non adeo difficile expeditu est. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur. Uno modo propriè pro ipsa donatione, quando scil. liberalitatis exercendæ gratia aliquid alicui tradimus, & actum in acccipientem transferimus, ut simul & causam tradendi & traditionem ipsam includat. Nam propriè donare nemo intelligitur, nisi qui & tradat: unde donare & dare promiscuè Jurisconsultus usurpat, *l.* 1. *hoc tit.* & donatio dicta quasi doni datio, *l. senatus.* 35. §. 1. *de mort. caus. don.* unde & Papinianus, *l.* 23. *de donat. int. vir. & ux.* donationem distinguit à stipulatione donationis causa facta. Altero modo metonymicè pro conventione de dando, cùm quis donationis causa aliquid promittit, *l.* 2. *l.* 12. *l. eum qui.* 22. *eod.* Priore sensu accepta donatio modus est acquirendi dominii: posteriore non dominium, sed obligationem parit,

ra-

rationemque contractus & tituli habet, *d. l.* 22. Plerique magno molimine magnas hic nugas agunt. VINN. Ast nescio, an ipse Auctor rem confecerit. Ego ita sentio. Tribonianus hic sequutus est proculdubio ordinem Caji. Ejus autem tempore donatio omnino erat modus adquirendi dominium civilis. Nam tunc ex lege Cincia de donis & muneribus non valebat donatio, nisi interveniret mancipatio solemnis & traditio. Fr. Brummer. *ad l.* Cinc. *cap.* 13. Conf. *Novell.* 162. *cap.* 1. Postea Antoninus Pius nudam voluntatem sufficere voluit in donationibus inter parentes & liberos. *l.* 3. *C. Theod. de don.* Idem de donationibus inter conjuges sanxit Antoninus Caracalla, *l.* 32. §. 1. *ff. de don. int. vir. & uxor.* Constantinus M. postea literarum fide donationes fieri posse, concessit, modo postea sequeretur corporalis traditio, *l.* 1. *C. Th. de don.* Remisere has scripturas Theodos. & Valentinianus AA. sed ita, ut *alia idonea documenta* adhiberentur. *l.* 29. *C. de donat.* Denique Justinianus & nudam promissionem valere jussit, *l.* 35. *&* 37. *C. de donat.* Ex brevi hac juris hujus historia patet, rectè Cajum, aut quemcumque sequutus est Tribonianus, donationem retulisse inter modos adquirendi, eosque civiles, ob necessariam in donatione mancipationem, & traditionem. At minus rectè Tribonianus putavit hunc ordinem servari posse, quia saltim quædam donationis species, puta donatio mortis caussa hunc referri possit. Conf. Averan. *Interpret. Lib.*
3 1. *cap.* 29. HEIN. Initio hujus tituli proponitur donationis divisio: deinde explicantur species, non omnes quidem, sed tres tantummodo, hoc ordine. Primùm agitur de donatione mortis causa; deinde de donatione simplici inter vivos; tum de donatione propter nuptias. Ad extremum subjicitur modus antiquus acquisitionis civilis ex causa lucrativa per jus accerscendi.

TEXTUS.

De Donatione.

Est & aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera mortis causa, & non mortis causa.

NOTÆ.

Rubr. Donationibus) Donatio est, cùm quid nullo jure cogente conceditur, *l.* 29. *hoc tit.*

Acquisitionis) Civilis scil. ut ordo arguit. At eò tantùm referendæ donationes impropriæ, mortis causa & propter nuptias, de quibus hic principaliter tractatur; non illa absoluta inter vivos. Nam res suas quibusve donare apud omnes gentes jus potestasque est, §. 40. *sub. de rer. div.* Demosth. *adv. Leptin.*

Donatio) Donatio propriè est doni datio, *l.* 1. *D. h. t. l.* 35. §. 1. *De mort. caus. don* Estque modus acquirendi, quoniam & causam tradendi includit, & ipsam traditionem. Cùm autem accipitur pro conventione de dando, tituli seu causæ tantùm rationem habet, §. 40. *sup. de rer. div.*

Duo genera) Utriusque tamen generis plures sunt species, *leg.* 8. *D. h. t. l.* 2. *l. D. de mort. caus. don.*

COMMENTARIUS.

RECtior fortassis erit divisio, si dicamus, donationem aliam esse propriam, aliam impropiam, *l.* 1. *hoc. t.* est enim donatio ex eorum generum numero, quæ πρός τι dicuntur, nec pariter subjectis speciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque absoluta, *l. senatus.* 35. §. 2. *de mort. caus. don.* est, cùm quis solius liberalitatis gratia sic aliquid dat, ut statim velit accipientis fieri, neque ullo casu ad se reverti, *d. l.* 1. *& d. l. senatus.* 35. §. 2. Impropriæ donationis variæ sunt species. Talis est donatio propter nuptias, de qua §. 3. *inf. eod.* Tales sunt donationes omnes, quæ sub modo, causa, conditione fiunt, *tit. C. de don. quæ sub modo.* & in speciem incidunt contractuum innominatorum, do ut des, do ut facias: item remuneratio. In quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis propius aut longius à vera donatione receditur. Sic item quod honorarii nomine datur pro officio & opera præstita, & in factis, quæ locari solent, merces diceretur, in speciem meræ donationis non cadit. Quia donari non videtur, nisi quod nullo cogente conceditur, *l. donari.* 29. *hoc tit.* τὸ χωρὶς ἀνάγκης διδόμενον. Harmenop. *lib.* 3. *tit.* 1. Et hoc est, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam propriè donationem non esse, *per l. hoc jure.* 19. §. 1. *l. Aquilius.* 27. *eod.* Talis denique donatio mortis causa, propterea quod ex casu resolvitur, atque adeo ex pœnitudine revocari potest.

TEXTUS.

De mortis causa donatione.

1. *Mortis causa donatio est, quæ propter mortis*

tis fit suspicionem, quum quis ita donat, ut si quid humanitùs ei contigisset, haberet is, qui accipit; sin autem supervixisset, is qui donavit, reciperet; vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret; & utriusque causæ quædam habebat insignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant; à nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, & sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere quàm eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quàm heredem suum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo:

Πειραῖ, ὐ γάρ τις ἴδμεν ὅπως ἔςαι τάδε ἔργα,
Εἴκεν ἐμὲ μνηςῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες πατρώϊα πάντα δάσονται
Αὐτὸν ἔχοντα σε βύλομ' ἐπαυρέμεν, ἢ τινα τῶνδε,
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τύτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τοτ' ἐμοὶ χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων

Hoc versus sic vertere licebit.

Cùm, Piræ, homines lâteant secreta futuri,
Si me forte proci sceleratis ad Styga mittant
Insidiis, patriasque velint ercíscere prædas;
Hæc ego præ reliquis multo tibi cedere malim.
Sin ego eos justis prosternam cladibus ultor,
Hæc mihi tu gaudens media inter gaudia reddas.

Notæ.

1\. *Mortis suspicionem.*) Vel solam etiam cogitationem mortalitatis ex sorte humana, *l. 2. & aliquot seq. l. 35. §. 4. D. de mort. caus. don.*

Cum quis ita donat) Hoc expresso scil. etiamsi in extremis vitæ quis constitutus fit: alioqui non tam mortis causa, quàm moriens dedisse videtur, *l. 42. in fin. eod.*

Si quid humanitus) Quo verbo mors significatur, *l. 26. pr. depos.*

Eam formavit) Ut quinque adhibeantur testes: qui numerus legitimus in omni ultima voluntate, excepto testamento, *l. ult. §. ult. C. de codicill.*

Quàm Hæredem suum) *D. l. 1. 35. §. 1. D. hoc tit. Apud Homerum*) *Odyss.* 17. *v.* 77. Hic locus arguit, etiam mortis causa donationem rationem facti juris gentium esse.

Commentarius.

1 *Ex verbis donatoris æstimandum an donatio facta sit ob suspicionem mortis: & citra talem suspicionem mortis quoque causa rectè donari.*

2 *Quibus in rebus similitudo hujus donationis convenientia cum legatis cernatur.*

3 *Quibus in rebus dissimilitudo & discrepantia.*

Quæ propter mortis fit suspicionem) Cum quid metu mortis vel ex præsenti vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus in militiam, si grassetur pestilentia, &c. *l. 2. & aliquot. seq. l. senatus. 35. §. mortis. 4. hoc tit. de mort. caus. don.* Cæterum an propter mortis suspicionem donatio facta sit, 1
ex verbis donatoris æstimandum est. Nec enim sufficit ad hanc donationem, à moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tamen mortis causa, quàm moriens donasse censetur, *l. si mortis. 29. l. Seja. 42. in fin. eod.* D. Tuld. *com. hic cap. 4.* Hodie tamen in dubio mortis causa factam præsumi, & in Gallia sic judicatum referunt Autum. *conf. jur. ad d. l. 42.* & Bugn. *lib. 5. d. l. abrog. cent. 16. fac. l. fulcimus. 43. eod.* etiam extra suspicionem ullius periculi & à sano atque in bona valetudine constituto mortis causa rectè donatur, sola cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *d. l. 2. & d. l. 35. §. 4. eod* Sed itidem verbis hoc declarandum, ne alias pura & simplex habeatur donatio. Quod si considerasset Hotomannus, abstinuisset, credo, à reprehensione Jurisconsultorum, Juliani, Ulpiani, Pauli; neque tam temere pronunciasset, nullam esse mortis causa donationem, cujus non mortis periculum causa sit. Si Titio centum donavero præstanda post mortem, donatio inter vivos est: nam tempus adjectum differendæ solutionis causa ad substantiam donationis non pertinet. Unde legi Falcidiæ in ea donatione locus non erit, uti memini me ex facto consultum respondisse. Add. Fachin. *5. contr. 22.* Non solum autem suæ mortis causa donare quis potest, sed etiam alterius, puta filii, fratris, sororis *l. 11. l. mortis. 18. hoc tit. de mort. caus. don. l. 3. C. eod.*

Quum quis ita donat) Dupliciter autem quis sic donat, vel ut statim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum, cùm mors fuerit insecuta, *d. l. 2. eod.* Posteriore casu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, sive pœnitentia ductus donationem infringere velit, sive periculum,

quod

quod metuebat, evaserit, *l. si mortis. 29. eod.* Priore condictionem habet, *l. senatus. 35. §. 3. eod.* habet & utilem in rem adversus quosvis possessores *leg. qui mortis. 30. eod.* sublatoque periculo aut præmortuo eo, cui donatum est, fortassis etiam in rem directam, quasi donatio ipso jure resoluta, *d.l. 29.* add. Gomez. 2. *resol.* 4.

Si quid humanitus) Ἀνθρώπινόν τι. Si quid humanum *l. 26. per depos.* Veteres ominis caussa sic loquebantur: *Si quid mihi acciderit*, ἐάν τι συμβῇ, ἐάν τι πάσχω, pro, *Si moriar. l. 162. §. 1. de verb. sign.* Abstinebaut à mortis vocabulo tamquam ominoso.

Sin autem supervixisset, &c.) Tribus casibus mortis causa donatio fit irrita; si donator salvus evaserit; quòd hic dicitur *supervixerit*; si donationis eum pœnituerit; si donatario supervixerit, *l. mortis. 16. d. l. 29. & seq. eod. l. non omnis. 19. de reb. cred.* Si salvus evaserit, sic accipe, licèt donatarius adhuc vivat. Si supervixerit donatario sic, etsi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Planè si quis sanus & valens extra suspicionem alicujus periculi sola cogitatione mortalitatis commotus donaverit; non puto irritam fieri donationem, si forte donator morbum aliudve periculum, in quod postea incidit, evaserit: nam nihilominus causa donandi manet, Soar. *in recept. lit. D. num. 29.* D. Tuld. *comm. hic c. 5.*

Ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia) Fere scilicet: quam particulam mox etiam ipse exprimit, cum constitutionis meminit, qua hæc exæquatio facta est. Intelligit autem, *l. ult. C. hoc tit. de mort. caus. don.* qua quidem hanc donationem ad similitudinem legatorum revocat: cæterum non simpliciter & per omnia, sed κατά τι & maximè ratione effectorum. In aliis verò magna adhuc dissimilitudo est: de quo habebimus, quod certo statuamus, si res hæc inductione utriusque generis exem-
2 plorum declaretur. Similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis in his cernitur. 1. Quòd quemadmodum in omni voluntate, quæ testamentum non sit, quinque testes desiderantur, *l. ult. §. ult. Cod. de codicill.* ita & in mortis causa donatione, idque ad solemnitatem actus, *l. ult. Cod. hoc tit.* 2. Quòd, sicut legata à vivo testatore revocari possunt, nec quicquam suprema voluntate relictum valet, nisi post mortem relinquentis, ita & hanc donationem pro arbitrio revocare liceat, nec prius rata aut perfecta habeatur, quàm mors donatoris insecuta sit, *l. si mortis 29. & l. seq. l. non videtur 32. hoc tit.* 3. Quòd, sicut dominium rei legatæ statim à morte testatoris transit in legatarium, ita res mortis causa donatæ nec ante traditæ statim à morte donatoris in donatarium, *l. 2. de Pub. in rem act.* Hæc sufficiunt, ut donatio mortis causa numeretur inter acquisitiones civiles. Illud autem falsum est, quod Glossa, Bart. Castr. in *l. qui mortis 30. hoc tit.* tradunt, & sequitur Gomez. 2. *res. 4. n. 20.* Dominium rei mortis causa donatæ statim ut donatio facta est, transire, etiamsi traditio nulla secuta sit. Nam sive cum contractibus hanc donationem conferre placet, explorati juris est, ex contractu nullo citra traditionem dominium transferri; sive cum legatis, constat, dominium rei legatæ demum post mortem testatoris in legatarium transire. 4. Quòd sicut legatario substitui potest, ita & nostro donatario, *l. 1. C. eod.* 5. Quòd hæc donatio perinde ut legata lege Falcidia imminuatur, *l. Seja 42. §. 1. hoc tit. l. 2. Cod. eod.* 6. Quòd in ea locum habet jus accrescendi inter conjunctos in eamdem rem, *l. un. l. hæc autem 14. C. de cad. toll.* Gomez. 1. *resol. 10. num. 7.* 7. Quòd quemadmodum conjux con- 3
jugi legare, ita & mortis causa donare potest, *l. 9. §. ult. & ll. seqq. de donat. int. vir. & ux.* 8. Postremò quòd in hoc genere donationis non opus est insinuatione, *l. ult. C. hoc tit.* Dissimilitudo & discrepantia elucet in his. 1. Quòd mortis causa donatio sic fieri potest, ut nullo casu revocetur, *l. si alienam 13. de mort. caus. don.* quod secus est in legatis, *l. si quis 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat.* Quamquam fatendum est, talem mortis causa donationem naturam mutare, & effectu esse donationem inter vivos, *l. ubi ita 27. eod.* Idque eleganter ostendit D. Joan. Decker *differt. 1. n. 40. & seq.* 2. Quòd donatio hæc ab aditione hæreditatis sicut legatum non pendet, sed sola morte confirmatur donantis, *l. non videtur 32. eod. fac. l. 5. §. qui mortis 17. de his quæ ut indig.* Clar. *lib. 4. §. donatio, qu. 5. n. 2.* 3. Quòd donatio in singulos annos una est, legatum tale multiplex: itaque illa ad hæredes pertinet; at primi anni legatum dumtaxat purum est, reliquorum conditionale, quod ad hæredem legatarii ante diem non transit, *l. senatus 35. §. ult. hoc tit. l. 4. de ann. legat.* 4. Quòd in mortis causa donationibus, an quis capere possit, non donationis, sed mortis tempus inspicitur, *l. in mortis 12. hoc tit.* cùm in legatis etiam tempus facti testamenti spectetur, *§. in extraneis 4. infr. de hær. qual.* 5. Quòd donatio fit inter duos, legatum autem propter voluntatem unius testatoris nihil desiderat: unde legatum etiam in absentem & ignorantem con-

conferri potest, donatio autem à præsente in præsentem conferenda, *l. inter mortis 38. hoc tit.* aut utique in absentem per nuntium aut litteras, ut sciat, & donationem accipiat, *l. 10. eod.* Mantic. *de conject. ult. vol. l. 8. tit. 1. num. 36.* Quòd si quis absenti & ignoranti se donare quid simpliciter dixerit, defenditur donatio jure fideicommissi ex communi interpretum sententia. His de causis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l. senatus 35. §. 3.* unde etiam illud est, quòd filiusfam. consensu patris mortis causa donare potest, quamvis testamentum facere non possit, nec permittente patre, *l. tam is 25. §. 1. eod.* Vulgo DD. sic distinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cùm in esse producitur: effectu autem, & cùm in esse producta est, rationem ultimæ voluntatis. Cæterum hoc per omnia verum non esse, tum numerus testium & remissio insinuationis liquido ostendit, tum quòd hæc donatio non pendet ab aditione hæreditatis.

Cum prudentibus ambiguum fuerat) Familiare Justiniano est, cùm quid quasi novum constituit, veterum Jurisconsultorum allegare ambiguitatem, in quo tamen sæpe fallitur & fortassis etiam hoc ipso loco. Sanè in responsis veterum nullum hujus ambiguitatis vestigium apparet. Tradunt illi, quòd hic à se factum ait Justinianus, donationes mortis causa ad exemplum legatorum esse revocatas, *l. Marcellus 15. l. illud 27. eod. l. 2. de Pub. in rem act.* Mansit tamen adhuc nonnullum inter hæc discrimen, de quo inter omnes convenit, ut ex aliis locis patet: nec hoc discrimen à Justiniano sublatum est.

Magis se quis velit habere, &c.) Ex Marciano, *l. 1. eod.* Estque hæc ratio, cur donationem mortis causa revocare liceat. In donatione inter vivos, qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum quàm se habere mavult: in donatione autem mortis causa, qui donat se primùm & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quàm dedisse mavult. In summa, se potius habere vult quàm eum, cui donat: illum deinde potius quàm hæredem suum, *d. l. senatus 35. §. 2. eodem.*

Sic apud Homerum) *Odyss. 17. v. 77.* ubi Telemachum ex peregrinatione reversum, quam patris Ulissis conquirendi causa susceperat, Piræus, qui comes illi in peregrinatione fuerat, monet, ut vasa illa aurea & argentea, quibus Telemachus à Menelao donatus erat, quæque secum Piræus asportarat, quæsitum mittat; ancillis Telemachi se traditurum. Cui Telemachus in hanc sententiam respondet: Piræe, quoniam incertum est, qualis harum rerum exitus sit futurus, si me feroces proci domi ex insidiis nocent, paternasque opes diripiunt; malo te vasa hæc tibi habere quàm illorum quempiam. Sin autem ego illis interitum afferam, tum verò tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti domum illa referes. Est & mortis causa donatio in *Alcestide* Euripidis, ubi sic Hercules. *γυναῖκα τὴν δέ μοι σῶσαι λαβών*, &c. Adi de hac donatione Covar. *rubr. de test. p. 3.*

TEXTUS.

De simplici inter vivos donatione.

2. *Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio, eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Et quum retro Principum dispositiones insinuare eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum; constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed & quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minimè desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen, quòd etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est; donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstimus certis ex causis eas revocare: ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quamdam patiantur injuriam, vel jacturam, secundùm enumeratos in constitutione nostra modos.*

NOTÆ.

2. *Perficiuntur autem*) De primo gradu perfectionis intellige, unde obligatio, & actio, non rei dominium, quod demum acquiritur præstatione promissi.

Nostra constitutio) *Leg. 35. §. ult. C. eod.* ubi pacto donationis causa facto verbis in præsens conceptis, veluti *dono tibi centum aureos*, eamdem vim tribuit, quam habet stipulatio, ut ex eo obligatio & actio nascatur, contra re-

gulam juris antiqui, *leg.* 7. §. 4. *D. de pact.* unde tale pactum hodie legitimum pariens condictionem ex lege *per l.* 6. *d. tit.*

Ad 500. *solidos*) Ad 300. primùm *l.* 54. *C. eod.* novisſime ad 500. *l. pen.* §. *ult. C. eod.* Sed definitum modum excedens insinuata non est, non in totum irrita, sed quatenus excedit, *d. leg.* 34. *Nov.* 162. *cap.* 1. §. *ult.* τὸ ὑπέρπλεον μὴ ἰσχυέτω. Baſ. 47. *tit.* 1.

Noſtris conſtitutionibus) L. 33. *d. l.* 34. *pr.* §. 1. *penult.* & *ult. l. C. eod.*

Ex certis cauſis) Insignis ingratitudinis, cujus generis cauſæ enumerantur quinque, *leg. ult. C. d. t.* Plerique addunt & aliam, ſupervenientiam ſcil. liberorum, ex *l.* 8. *C. eod.* quæ tamen conſtitutio tantùm de donatore patrono & liberto donatario loquitur, nec à Græcis extenditur. Baſil. 47. *tit.* 2. Harm. 3. *tit.* 2. Vide fuſius in comment.

Commentarius.

1 *Plenius & planius exponitur, quomodo donatio inter vivos perficiatur.*
2 *Non ex quolibet pacto donationis cauſa facto obligationem ex conſt. Juſt. naſci.*
3 *Errare eos, qui putant, ſimplex pactum donationis vi conſtitutionis Juſt. parere actionem, in rem.*
4 *Donationes, quæ inſinuationem non deſiderant, recenſitæ.*
5 *Ad uberiorem exitum donationum à Juſtiniano quæ inventa?*
6 *Neque hæredem donatoris revocare donationem, neque ab hæredibus donatarii revocari ob ingratitudinem ejus poſſe.*
7 *In* l. ſi unquam 8. C. de rev. don. *conſtitui jus ſingulare, quod non producendum ad conſequentias.*

AGitur hìc de donatione propria. Quæ alias vera, abſoluta, & mera, *l. ſenatus* 35. §. 2. *de mort. ca. don. l. Aquilius* 27. *hoc tit.* alias ſimplex, *l. ſi filia* 20. §. *ſi pater* 3. *fam. erc. l. cum multæ* 20. *C. de don. ant. nupt. leg. pen.* §. 1. *C. de collat.* alias directa, *l. donatio* 25. *hoc tit. C. de donat.* alias inter vivos, ut hic & *leg. ubi ita* 27. *de mort. ca. don.* appellatur. Deſcripſimus hanc donationem initio hujus tituli.

Quæ non omnino comparantur legatis) Hotom. Weſemb. Giphan. *omnino non*; ita enim eſſe in veteribus libris, ut ſit ſenſus, Donationes inter vivos nullo modo comparantur legatis. Quomodo etiam legiſſe apparet paraphraſtem Græcum; vertit enim μηδαμῶς. Et ſunt ſanè hæ donationes planè diſsimiles legatis neque natura, neque proprietatibus, neque forma, neque effectu ullam cum legatis ſocietatem habentes. Pro tuenda tamen vulgata lectione hoc affert Pacius, quod legatum & donatio hæc in eo conveniunt, quòd in utroque ſit cauſa lucrativa, & modus acquirendi peculiaris. Quod mihi futile & valde puerile eſſe videtur; cùm nullæ res tam ſint diſsimiles, quæ non in uno aliquo aut altero comparari queant.

Temere revocari non poſſunt) Mortis cauſa donatio temere, hoc eſt, pro arbitrio, facile & ſine cauſa revocari poteſt: quippe quæ hanc in ſe ſemper conditionem habet, ut revocari liceat. Vera autem donatio natura ſua irrevocabilis eſt, ἡ δωρεὰ δόσις ἀναπόδοτος ait Ariſtot. 4. *top.* 4. nam quod hanc etiam aliquando revocari licet, id ex accidenti eſt & facto donatarii pro beneficio inſignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui ſic donat, ut nullo caſu velit ad ſe reverti, *l.* 1. *hoc tit. l. ubi ita* 27. *de mort. ca. don.* Utique tamen ſi præſciviſſet donator ingratum fore donatarium, abſtinuiſſet dubio procul à beneficio: & hinc ortum jus revocandi, de quo ſub finem hujus §.

Perficiuntur autem, cum donator voluntatem ſuam) Poterat hæc res plenius & planius proponi, & poterat æquè paucis verbis. Ait, donationem inter vivos perfici, quum *donator* 1
voluntatem ſuam declaravit: addendum fuerat, & donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio eſt ſine acceptione, *l. abſenti* 10. *hoc tit. l. hoc jure* 19. §. 2. *eod.* quippe datio acceptione confirmatur: nec poteſt videri datum, quod non eſt acceptum. Et rectè in illum locum Comici, *dos eſt decem talenta. Accipio.* Vetus interpretes, *niſi*, inquit, *dixiſſet, accipio, dos non eſſet.* Perficitur donatio ex conſtitutione Juſtiniani ſolo conſenſu, ut emptio & venditio: non eſt igitur perfecta habenda, antequam eam gratam habuerit donatarius, excepto caſu comprehenſo *l.* 15. *C. de ſacroſ. Eccleſ.* favore Eccleſiæ. Denique in omi conventione conſenſum mutuum intervenire oportet. VINN. Sed ex his locis vix probari poteſt acceptationis neceſſitas. Nam *l.* 10. & *l.* 9. §. 3. *ff. de don.* loquuntur de acceptione reali. Locus Terentii ex *Andr. Act.* 5. *ſcen.* 4. *v.* 47. non pertinet ad pactum donationis, ſed ad contractum verbalem, qui veteribus dicebatur *dotis dictio.* Vid. *Antiq. Rom.* noſtr. *lib.* 11. *tit.* 7. §. 4. Immo nulla lege acceptationem hanc exigi pereruditа diſſertatione *de differentiis juris Rom. & Germanici in donatione & acceptatione* docuit Vir Perilluſtris Jo. Petrus à Ludevvig, Acad. Fridri-

dricianæ Cancellarius, & olim Collega mihi conjunctissimus. Neque tamen res ipsa ideo neganda, quum ex natura pactorum fluat, quod utrumque consentire oporteat in unum placitum, quod fieri aliter non potest, quam id quod donatur vel verbis, vel factis accipiendo, maximè quum non semper dona grata sint, & sæpe locum habeat illud Severi: Οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων. *l. 6. §. 3. ff. de off. proconf.* Hein. Sed & perfectio, de qua hic agitur, primus tantùm gradus perfectionis est, unde donatario acquiritur obligatio & actio, non rei donatæ dominium. Etenim verè & plenè demum perficitur & consummatur donatio, doni & promissi præstatione. Eodem modo emptio perfici dicitur, simul atque de pretio inter emptorem & venditorem convenerit, §. 3. *inf. de empt. & vend.* At constat, eam non ante pro consummata haberi, quàm res tradita & pretium solutum sit. Videtur autem Justinianus hoc loco id tantùm indicare voluisse, quod ipse constituit, ex nudo pacto, donationis obligationem introducens, *l. si quis argentum* 35. *C. hoc tit.* contra regulam generalem juris antiqui, *l. jurisgentium* 7. §. *sed cum nulla* 4. *de pact.* Sic est; perficitur donatio aut traditione & præstatione rei donatæ, quæ vera perfectio est. Immo non prius propriè dicitur esse donatio, quàm res, quæ donatur, detur ac tradatur. Nam ut ostendimus *ad rubr.* donatio propriè ipsam translationem rei significat, & potest etiam incipere statim à traditione, & perfici citra conventionem præcedentem. Aut conventione, qua hactenus perfici dicitur, quatenus ea donatorem adstringit necessitate traditionis, donatarioque in eam rem comparata est in personam actio. Conventio hujus generis una tantùm olim fuit stipulatio. Justinianus autem eamdem vim tribuit etiam pactioni nudæ, *d. l. si quis* 35. §. *sed si quidem* 5. *C. hoc tit.* unde pactum donationis hodie pactum est legitimum,
2 *arg. l. 6. de pact.* & ibi Cujac. Neque tamen ex quovis pacto donationis causa interposito obligationem nasci voluit Justinianus: sed ex eo tantùm, quo quis in præsentia se donare dicit, verbis in præsens non in futurum conceptis, veluti si quis dicat: *dono tibi centum aureos.* Hæc enim verba occurrunt in *d. l. 35. si donaverit, si donationem faciat fecerItve, ut tradat, quod donaverit.* Quòd si quis donaturum se pacto promittat; manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur, *per l. præcipimus* 32. *in fin. C. de appell. l. sancimus* 27. *C. de testam.* add. Parlador. 2. *rer.*
3 *quotid.* 3. *num.* 9. D. Tulden. *hic c.* 2. Perspicuè autem errant Contius *lib.* 1. *disp.* 12. Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 3. dum existimant, quod Justinianus constituit, donationem etiam nudo consensu perfici, hoc non tantùm eò pertinere, ut donator, qui nondum tradiderit, necesse habeat tradere; sed ut eo nomine etiam donatario competat actio in rem, quasi simplici pacto dominium ei quæsitum sit. Non enim majorem vim Justinianus tribuit, neque tribuere debuit pacto, quàm stipulationi. At si stipulatio intervenerit, veterem actionem ex stipulatu relinquit: quæ utique cùm in personam sit, arguit, dominium non esse translatum. Si omissa sit stipulatio, condictionem dat ex lege, *d. loco*, & apertius *Nov.* 162. *cap.* 1. Atqui nulla quoque condictio, quæ non sit actio in personam, §. *appellamus* 15. *inf. de act.* Denique ipse suprà §. *per traditionem* 40. *de rer. div.* nominatim in proposita specie confirmat regulam traditam *leg. traditionibus* 20. *Cod. de pact. Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferri.*

Ad exemplum venditionis) Quemadmodum emptio venditio perficitur simul atque de re & pretio convenit, atque ex ea conventione statim emptori acquiritur actio ex empto, qua venditorem compellere potest ad rem tradendam, *infr. de empt. & vend. in pr.* & §. 3. ita ex constitutione Justiniani, simul ac donator sive scriptura, sive verbis quibusvis idoneis se quid donare declaraverit, etiamsi nulla intervenerit stipulatio: acceptante donatario, donatio perfecta & efficax habetur, daturque donatario condictio ex lege, qua conventus donator rem tradere cogatur. Porro an sicut emptio venditio, ita etiam pactum donationis; sit contractus: item an ut donator, ita quoque & venditor rem præcisè tradere teneatur; an liberetur præstatione ejus, quòd interest; inquirere non est hujus loci. Illud constat, non easdem esse præstationes donatoris & venditoris; donatorem ad dandum, venditorem simpliciter ad tradendum teneri, donatorem in quantum facere potest, venditorem in solidum condemnari: hunc teneri nomine evictionis, illum non item, *l.* 18. §. *ult. hoc tit.* Neque tamen ideo male donatio & venditio inter se, ut similia, comparantur. Nam in omni similitudine inspiciendus est principalis scopus atque intentio ejus, qui ea utitur: cui scopo si serviat, cætera similia sint, an dissimilia, parum refert.

Insinuari actis intervenientibus volebant, &c.) Lex civilis neminem donare aut liberalem esse vetat: cæterum prospexit, ne cujuslibet summæ aut quantitatis donatio statim rata esset.

Et rectè: expedit enim Reipubl. ne quis temere patrimonium suum effusis largitionibus exhauriat; hoc enim est re sua male uti, eamque perdere. Modum donationibus primùm imposuit lex Cincia, qua cautum Ulpianus *tit.* 1. scribit, ne supra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret, extra quam si conjunctis personis donaretur. Quod jus usque ad Constantini tempora duravisse videtur, per *l.* 3. *C. Theod. hoc tit.* Unde existimare licet, quantitatem lege Cincia definitam fuisse ducentorum aureorum: & donationem, quæ eam quantitatem excederet, actis fuisse insinuandam, hoc est, consignandam litteris publicis, quod Constantinus etiam custodiri voluit inter necessarias conjunctasque personas, *l.* 5. *C. Theod. l. data.* 37. *C. hoc tit.* Justinianus autem quantitatem auxit, primùm ad trecentos, *l. sancimus.* 44. *C. eod.* deinde ad quingentos solitos *l. pen.* §. *ult. C. eod.* atque ad hanc usque quantitatem liberam donandi facultatem unicuique permisit, etiam sine donationis insinuatione. Si verò hanc summam donatio superaret, non aliter ratam eam esse voluit, quàm si in acta publica relata esset. Neque tamen in totum irritam esse jussit donationem, quæ summam definitam excedens actis inserta non esset: sed tantummodo quatenus terminos legis excederet, *d. l. sancimus.* 34. *Cod. hoc tit. Nov.* 162. *cap.* 1. §. *ult.* Atque ita in plerisque locis etiamnum utimur. Gomez 2. *resol. cap.* 4. Perez. *C. h. t. num.* 35. Sande *lib.* 5. *tit.* 1. *defin.* 3. VINN. Multa hìc cumulat auctor, nec certa satis, nec accurata. Incertum modum à lege Cincia donationibus præfinitum fuisse ducentorum aureorum; siquidem multo majores donationes à Plinio factas novimus ex ejus *Lib.* 6. *Epist.* 25. & 32. *Lib.* 7. *Ep.* 14. *& alibi.* Incertum ergo non minus, Constantinum vel potius Constantium Chlorum in *l.* 1. *C. Th. h. t.* legem Cinciam sustulisse, quum eam potius magis reddiderit rigidam, imposita insinuationis necessitate. Plura in eam rem præter Jac. Gothofredum, & Fr. Brumerum notavit V. C. Schulting. ad Ulpian. *tit.* 1. *p.* 561. Ego id moneo, locum Arnobii *adv. gent. lib.* 11. *p.* 91. nec de hoc capite legis Cinciæ videri intelligendum, nec de altero quod in donatione solemnitatem mancipationis exigebat: sed de donis & muneribus à patrono caussarum non accipiendis, quod aliquoties revocatum in usum, jam à Claudii temporibus cœpit obsolescere. HEIN.

Usque ad quingentos solidos) Quæ summa nostra moneta efficere creditur 2500. Caroleos. Taxatur enim solidus, qui & aureus (ut patet, ex innumeris locis, & collatione sequentium, *l.* 5. §. *prætor ait.* 6. *de his, qui eff. vel dejec. cum* §. 1. *inf. de obl. quæ ex del.* item *l. pen. & ult. de in jus voc. cum* §. *ult. in fin. inf. de pœn. lit.* item *l.* 8. *in fin. & l.* 9. *de inoff. cum leg. cum ex falsis.* 47. *de man. test.*) centum sestertiis, sive quinis Caroleis, aut duobus securatis sive coronatis. Grot. *spars. flor.* Quamquam non idem perpetuo pondus, nec constans solidi æstimatio fuit. Qua de re consulendi Budæus *de ass. l.* 3. *&* 6. Hotom. *de re numm. cap. de numm. aur.* Covar. *de collat. vet. numism. cap.* 2. Dictus verò est solidus, non quia ex puto & solido aureo erat; sed quia nummus erat integer, & ad differentiam semissium & tremissium, qui valebant dimidiam & tertiam solidi sive aurei partem.

Quæ insinuationem minimè desiderant) Harum numero sunt donationes principales, quas scilicet vel Princeps facit, vel quæ Principi fiunt, 4 *l. sancimus.* 34. *Cod. hoc tit.* item donatio propter nuptias, *Nov.* 117. ubi in vulgari versione nomen sponsalitiæ largitatis sumptum pro donatione propter nuptias: nam in Græco est, ὡς τὴν διὰ τοὺς γάμους δωρεὰν, &c. Postea distinctio aliqua adhibita, *Nov.* 127. §. 2. *auth. eo decursum, Cod. de don. ant. nupt.* Præterea si quid pro redemptione captivorum, pro restitutione ædium incendio aut ruina consumptarum, aut si quid fortissimis militibus donatum sit à militum magistris, quanticumque sit pretii quod donatum est, valet donatio, etiamsi auctorum auctoritate non nitatur, *l. pen. in pr.* §. 1. *&* 2. *Cod. eod.* De donationibus, quæ ad pietatem respiciunt, dubitatum est, aliquone privilegio hodie uti debeant, an jure communi cæterarum donationum censeri. Ratio dubitandi, quia cum adhuc cæteræ donationes, quæ trecentos solidos superarent, insinuationem desiderabant; in pias causas collatæ usque ad summam quingentorum solidorum stabant etiam sine insinuatione, *dict. l.* 34. §. 1. Unde dicendum videtur, postquam constitutum est, ut quævis donatio usque ad 500. solidos etiam sine monumentis valida sit, *d. l. pen. in fin.* privilegium, quod donationes in pias causas factæ habuerunt, proportionaliter producendum esse, atque hujus generis donationes etiam sine fide monumentorum subsistere debere ad minimum usque ad solidos septingentos. Communis tamen DD. in *l. illud.* 19. *C. de sacros. Eccles. & d. l.* 34. *hoc tit.* sententia est, donationum ad pias causas nullum amplius esse privilegium, sed in his idem, quod in cæteris observandum,

ut

ut si 500. solidos excedant, actis eas insinuare necesse sit, propterea quod Justiniauus privilegium piæ causæ expresse non auxit, immo potius substulisse videtur, *d. l. pen.* cùm sancit, ut id, quod antea jus singulare erat piæ causæ, jus commune esset omnium donationum, quæ non simpliciter à necessitate insinuationis exemptæ sunt.

5 *Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum*) Huc refero, quod Justinianus constituit, ut majoris summæ donationes, quæ actis inscriptæ non sunt, non omnino, sed tantùm quatenus legitimam summam excedunt, vitientur, *d. l. 34. §. 1. hoc tit.* Item ut plurium donationum eidem, sed diversis temporibus factarum summæ non simul æstimentur, sed cujusque donationis separatim & distinctè, utque idem fiat, cùm annua quantitas donatur ad tempus vitæ donantis aut donatarii, *d. l. 34. pen. & ult.* Postremò quod rejici jussit verba, quæ in donationibus poni solita erant, *sestertii, nummi unius, assium quatuor*, &c. *l. ult. C. eod.* nam antea etiam in donationibus adhibenda erat imaginaria venditio, seu mancipatio, quoties scilicet res, quæ donabantur, erant mancipi: alioqui earum rerum dominium ex jure Quiritium in accipientem non transferebatur. Quam ob causam qui volebat donare, cogebatur simulare venditionem, & dicis causa unum nummum accipere, adi Cont. 1. *disp. 16.*

Si tamen ingrati) Simplex & mera donatio temere, ut supra dictum est, revocari non potest: non sola pœnitentia, ut donatio mortis causa, ac ne ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarii. Cæterum si insignis sit illius ingratitudo, & talis, quæ scelere affinis sit aut conjuncta, etiam hujusmodi donationem revocare merito & tamquam ab indigno auferre concessum est, *l. ult. C. de revoc. don.* Poteritque eo nomine vel judicis implorari officium, vel agi condictione ex *d. l. ult.*

6 *Donatoribus licentiam præstitimus*) Donatoribus solis, non etiam hæredibus eorum, *l. his solis. 7. l. ult. C. de rev. don.* quippe actio, quæ adversus ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujusdam & ultionis injuriæ effectum habet, & ideo personalis est, atque actioni injuriarum in hoc similis: quam constat hæredi ejus, qui injuriam passus est, non dari, *d. l. 7. junct. §. 1. inf. de perp. & temp. act.* Nec in hæredes igitur ingrati danda erit, nec si ipsi ingrati, non donatarius, extiterint, *arg. dd. ll.* Quinimmo nec videtur rectè posse objici ingratitudo successori ejus, cui donatum est: longèque alia est ratio feudi, quod non tantùm primum investitum, verùm etiam successores ejus ad certa officia præstanda obligat.

Ex certis causis) Quæ numero quinque exprimuntur *d. l. ult.* & nimirum hæ: si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit: si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidietur: si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit: si conventiones donationi appositas implere nolit. Enim verò licet plures causas non enumeret Justinianus, atque ob eas tantumodo, quas exprimit, revocationem donationis permittat; assentior tamen communi DD. sententiæ, qui negant, similes & majores causas ob id excludi oportere, uti rectè iidem etiam admittunt causas alias exhæredationis præter eas, quæ enumerantur *Nov. 115. cap. 1.* de quo uberius *inf. de inoff. testam.* eoque jure utimur, Grot. 3. *introd. c. 2.* Additur à DD. & alia causa revocandæ donationis, si scilicet donator post factam donationem liberos susceperit, *per l. si unquam. 8. Cod. d. tit.* 7 Tametsi enim ea lex tantùm loquatur de patrono & libertis, quorum propria & diversa prorsus in plerisque rebus ratio est, atque aliorum extraneorum; putant tamen, quorumcumque donationes eodem isto jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento: quòd donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in se continere tacitam conditionem, si liberi ipsi postea nati non fuerint, de quibus si cogitasset donaturus fuisse credi non debeat; cùm nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere, per *l. cum avus. 102. de cond. & dem. l. cum acutissimi. 30. Cod. de fideicomm.* Ego verò, etsi hæc sententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, ausim affirmare, eam mentem Constantini, cujus est *d. l. si umquam. 8.* minime fuisse. Cur enim de patrono tantùm locutus esset? An quia ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atqui generalis est constitutio ad Præfectum prætorio, non ad patronum aliquem aut certam facti speciem directa. Quoties autem lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est, legem ad alias personas non pertinere, *l. si verò. 64. §. pen. sol. matr. l. quod constitutum. 21. de test. mil.* Est verò etiam jus illud novum constitutum contra manifestam rati onem juris communis, *l. 5. C. de obl. & act. cum similib.* ut interpretis non sit, ad alios casus & donatores extraneos id producere, *l. quod verò. 14. de le-*

legib. ideoque nec Græcis extenditur, *Basil.* 47. *tit.* 2. Harmen. 3. *tit.* 2. nec aliter *l.* 3. *C. Theod. de revoc. donat.* quæ eadem est cum *d. l.* 8. interpretatus est Anianus, qui Alarici Regis tempore floruit, multis annis ante Justinianum. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori postea natos loquatur: ac ne apud Justinianum quidem, qui cùm liberorum jura ubique non servaverit modo verùm etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset: certè ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, omissurus non fuerat. Canones etiam contrarium ostendunt, *c. ult. c.* 17. *q.* 4. ubi Augustinus, laudans factum S. Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* Perperam autem ad præsentem casum trahitur species *dict. l. cum avus* 120. *de cond. & dem. dict. l. cum acutissimi* 30. *Cod. de fideic.* Nam eadem ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cùm forte unum filium haberet, donavit, & postea plures suscepit: neque quod revocatur, liberis acquiritur, sed pleno jure ad patrem revertitur, ut jam iis iterum liberum de eo disponendi arbitrium habeat. Quid quod amissa ex causa supervenientium liberorum revocatione donationis in quosvis etiam extraneos factæ nemo nisi liberis carens plenè & purè donare intelligeretur? Nam & ubi partis alicujus bonorum donatio facta est, constitutio locum habet; de quo opulentius nos *lib.* 2. *sel. quæst. c.* 32. Proculdubio igitur de jure verior est sententia plerorumque Neotericorum, Connani *lib.* 5. *comm.* 10. Donell. *ad dict. l. si unquam.* Ant. Fab. 7. *conject.* 14. & 15. Bachovii *in Treutl. disp. de donat.* asserentium, in solis patronis hanc revocandæ donationis speciem a Constantino introductam atque approbatam esse: quamquam contraria sententia communis est, & in praxi obtinet, ut inter alios testantur Tiraquell. *in dict. l. si unquam.* Mynsing. 5. *obs.* 83. & secundùm hanc judicatum à Senatu Parisiensi, Papon. *lib.* 11. *syntagm. titul.* 1. *de donat.* §. 20. add. Christin. *volum.* 1. *dec.* 340. & *vol.* 4. *dec.* 192. *cum allegat.* Grot. *lib.* 3. *introd. cap.* 2.

TEXTUS.

De donatione ante nuptias vel propter nuptias.

3. *Est & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem à junioribus Divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur: & numquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem Divus Justinus pater noster, cùm augeri dotes & post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, & ante nuptias augeri donationem, & constante matrimonio, sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantùm, sed etiam constante matrimonio initium accipiant: & non ante nuptias sed propter nuptias vocentur: & dotibus in hoc exæquentur; ut quemadmodum dotes, constante matrimonio, non solùm augentur, sed etiam fiunt; ita & istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solùm antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur, & constituantur.*

NOTÆ.

3. *Et constante matrim.*) Dum ne propter nuptias donatio excedat quantitatem dotis, ne fraus fiat juri publico, quo donatio inter conjuges prohibetur, *l.* 1. & *tot. tit. D. de dor. int. vir. & ux. & C. eod.* Extat Justini constitutio *in l. pen. C. de don. ant. nupt.*

Nomen inconveniens) Quia poterat constante matrimonio augeri. Nunc ex sententia Justin. & augeri, & constitui potest.

Constituimus) *L. ult. C. eod.* alia extat *Nov.* 97. ubi etiam præcipit, ut donatio propter nuptias doti omnino respondeat, tum in quantitate, tum in pactis.

COMMENTARIUS.

1 *Donationes, quæ inter sponsum, & sponsam fiunt, sensim ita formatas, ut veræ donationes, & juris gentium esse desierint.*
2 *Quid primùm circa has donationes à Constantino constitutum?*
3 *Quid procedente tempore ab aliis, & num.* 5.

Rei

4 *Rei propter nuptias donatæ dominium revera in uxorem non transire.*
5 *Constitutionem Justin. de æqualitate dotis, & donat. propt. nupt. publicæ consuetudine repudiatam.*
6 *In Belgio propriè neque donationum propter nuptias, neque dotis usum esse.*

DOs & donatio propter nuptias genera sunt impropriæ donationis inter vivos. Dotem ab antiquis inter donationes numeratam, testis est ipse Justin. *l. ult. C. de don. ant. nupt.* ut mirum sit, nihil de ea hoc loco tradi. Est autem dos donatio nomine uxoris in maritum collata ad onera matrimonii sustinenda, *l. pro oneribus* 20. *C. de jur. dot.* Donatio propter nuptias vice versa est, quæ à parte mariti in uxorem, vel sponsi in sponsam confertur in securitatem dotis, & quasi remunerandæ dotis causa: unde quæ ita donantur à Græcis, *ἀντίφερνα* dicta sunt, hoc est, quæ vice mutua pro dote dantur, *d. l. ult. in pr.* Est igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti, hostimentum *ἀντίκειμα* dotis uxoriæ: *Theo in Basilic.* Hujus donationis origo & incrementum hic ostenditur.

1 *Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum*) Veteribus incognitæ non fuere donationes ante nuptias, hoc est, quæ inter sponsum & sponsam liberalitatis & amoris gratia fieri solent, & juris gentium sunt: sed talis species donationis ante nuptias, qualis tempore Justiniani frequentabatur, veteribus incognita fuit; utpote quæ demum post translationem Imperii in Orientem excogitata est, sensimque ita formata, ut vera donatio & juris gentium esse desierit, factaque sit species donationis impropriæ, & quæ omnino sit juris civilis. Sciendum enim est prioribus temporibus donationes sponsalitias, hoc est, quæ à sponso in sponsam conferebantur, vel contra à sponsa in sponsum, (nam & hoc aliquando fiebat, *l.* 1. §. 1. *D. hoc tit. l.* 12. *leg.* 16. *C. de don. ant. nupt.*) habitas fuisse, non tamquam nuptiarum causa, sed perinde ac si purè atque absolutè factæ fuissent, eamdemque earum fuisse vim, quam habent donationes cæteræ, quæ ex mera liberalitate fiunt, nullo scilicet ut casu ad donatorem reverterentur, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 8. *cum aliquot seqq. C. de tit.* Itaque ne eo quidem casu revocare hujusmodi donationem licebat, quo nuptiæ secutæ non essent, *d.l.*1. §.1. *l.*2. & *l.*12. *Cod. d. tit.* nisi ea lege nominatim facta esset donatio, aut id actum evidenter appareret, ut nup-
2 tiis non secutis res donatæ redderentur. Postea ex Constitutione Constantini hoc jure uti cœperunt, ut donatio omnis inter sponsum & sponsam facta intelligeretur tacitam in se habere conditionem futurarum nuptiarum, *l. cum veterum* 15. *C. eod. tit.* Et optima sanè ratione: nam donatio sponsi in sponsam meritò præsumitur proficisci à singulari affectione, qua sponsam ut futuram uxorem complectitur, sine spe nuptiarum haud facile donaturus. Non est autem hac Constantini constitutione effectum, ut donatio interim in suspenso sit, donec nuptiæ secutæ fuerint: ita enim futurum esset, ut in eum casum incideret, à quo non posset incipere, nimirum, in donationem inter virum & uxorem, *l.* 4. *C. eod.* quæ jure civili semper prohibita fuit: sed ut non secutis nuptiis resolvatur, uti antea fiebat, cùm id expressè cautum fuerit, *dict. l.*1. §. 1. *hoc tit.* Cæterùm non in omnem eventum, quo nuptiæ secutæ non fuerant, repetitionem donati Constantinus concessit; sed ita distinxit, ut si per eum eamve, qui quæve donationem accepit, steterit, quo minus nuptiæ sequerentur, donatori aut donatrici conditio daretur ob causam dati causa non secuta: sin verò per donantem factum esset, non solùm donati esset retentio, verùm etiam exactio, *dict. l.* 15. Quòd si mors alterutrius spem nuptiarum sustulisset, tunc si quidem sponsa donasset, omnimodo & integri, quod donatum erat, repetitio foret, sive osculum intervenisset, sive non: at si sponsus; tum non aliter ipsi aut hæredibus ejus jus esset repetendi totius, quod donatum esset, quàm si osculum non intercessisset: interveniente verò osculo, partem tantùm dimidiam repetere licere, *l. si à sponso* 16. *Cod. eod.* quasi osculi jure augeatur jus sponsalium, & qui osculum accepit, quasi maritus sit, aut certè plus quàm sponsus; non enim satis est *maritum osculo putari*, ut ait Fabius *declam.* 279. Porro nuptiis secutis nulla donati repetitio: sed res pleno jure atque irrevocabiliter ejus, cui donata erat, facta intelligebatur. Successit tamen donatio ante nuptias, de qua hic agitur, & quam Justinia- 3
nus propter nuptias vocari voluit. Hæc fit à solo sponso, & vi atque effectu multùm à præcedentibus differt. Nam primùm doti, cujus remuneratio quædam censetur, in hoc similis est, quòd quemadmodum uxor soluto matrimonio dotem recipit, *l.* 2. *sol. matr.* ita & vir donationem propter nuptias, *c. ult. x*. *de don. inter vir. & uxor.* Deinde nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ transit in uxorem: sed alia jura consequitur, veluti juris specialis hypothecas: nam res donatæ propter

ter nuptias pro securitate dotis mulieri speciatim obligatæ esse intelliguntur, *leg. ubi adhuc 29. C. de jur. dot. Nov. 61. c. 1.* & hic præcipuus hujus donationis finis, ut dos mulieri sit cautior: unde rectè D. Wesemb. notat, res propter nuptias donatas potius hypothecæ subjici videri, quàm verè alienari. Item hoc, ut viro temere divortium faciente donatio hæc aut tota aut pro parte lucro uxoris cedat, in quo doti quoque respondet: nam mulier sine causa justa divertens, & ipsa amissione dotis plectitur, *l. consensu* 8. §. *hæc nisi* 4. *C. de repud.* Novissimè etiam hoc constitutum, ut quibus casibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur, iisdem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, *Nov. 61. c. 1. Nov. 91. c. 2. Nov. 97. c. 1.* Doctores vulgo etiam dominium rerum propter nuptias donatarum uxori acquiri affirmant, quos sequuntur Schneid. *hic n. 5.* & Gudel. 1. *de jur. novis.* 8. *arg. d. leg. 29. Cod. de jur. dot. d. Nov. 97. c. 1. d. Nov. 61. c. 1. vers. non enim.*

4 Sed si mulier harum rerum domina efficitur, prorsus absurdè facit Justinianus, quòd jus pignoris mulieri in his constituit: item quòd nominatim marito interdicit harum rerum alienationem & oppignorationem, *Nov. 61.* nec pignus quisquam habere potest in re propria, nec rem alienam alienare, aut pignori obligare. Ratio quoque non patitur, ut hic idem de donatione propter nuptias, quod de dote, statuamus: neque enim necesse est, ut quemadmodum res in dotem datæ marito traduntur, ita & possessio rei propter nuptias donatæ transferatur in uxorem. Quod vel ex eo liquet, quòd fructus ex re donata constante matrimonio percepti non uxori, sed marito acquirantur, ut rectè tradunt Schneid. *num. 4.* Gomez. *in l. Tauri 50. & 3. seqq. num. 11.* Duar. *tit. sol. matr. C. de don. propt. nupt. arg. in d. l. 29. C. de jur. dot.* Nam si hos fructus mulierem sequi voluimus, futurum est, ut maritus, qui solus onera matrimonii sustinet, careat omni commodo dotis, maximè postquam placuit, ut donatio propter nuptias doti & in quantitate & in pactis respondeat, *Nov. 97.* Planè Justinianus non putavit reprehendendos judices, qui pro his rebus donatis mulieri aliquando accommodaverant actionem in rem post solutum matrimonium, *Nov. 61. §. 1.* sed locus ipse ostendit, eos hoc non fecisse ex ratione juris, neque directam in rem dedisse, sed utilem, quæ aliquando etiam non dominis ex æquitate conceditur. Ita ferme & D. Bachov. *hic.* VINN. Immo non opus est postrema responsione. Nam quum ipse fateatur auctor, uxori in rebus propter nuptias donatis competere jus pignoris; quidni eadem habeat actionem in rem, puta quasi Servianam? An si mihi actio in rem competit, inde sequitur ut sim dominus? Idem dicendum *ad l. 29. C. de jur. dot.* ubi *vindicare* dicitur uxor donationem propter nuptias. *Vindicationes* enim veteribus dictas esse actiones omnes in rem, vel ex §. 15. *Inst. de action.* manifestum est. HEIN.

A junioribus Divis Principibus) Tempore Constantini hoc genus donationis ante nuptias adhuc incognitum erat; quippe qui hoc tantùm introduxit, ut donatio ante nuptias, quæ antea pura habebatur donatio, tacitam haberet conditionem, si nuptiæ sequerentur, *l. 15. C. de don. ante nupt.* Secutis autem nuptiis, adhuc plenissimo jure quod donatum erat, manebat conjugis, qui accepisset: nec à sponso solùm, verùm etiam à sponsa Constantiniana ante nuptias donatio fiebat, *l. 16. C. eod.* Postea placuit, ut ad donatorem soluto matrimonio revertatur, *l. ult. C. eod.* At donatio, de qua hìc agitur, à solo sponso fit, nec ita unquam, ut sponsi aut uxori pleno ac perpetuo jure res donata acquiratur: alioqui non rectè Justinus permisisset, ut constante matrimonio augeretur: quoniam tali augmento incidisset in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubiè Imperator *Principes* Constantino juniores, qui pro vetere ante nuptias donatione penitus novam hanc substituerunt, quæ à solo sponso vel viro fit propter dotem & in dotis securitatem, & quæ non solùm nuptiis non secutis nullius momenti est, sed nuptiis etiam secutis & postea distractis resolvitur, re donata ad virum redeunte, vel potius apud eum remanente: quia, ut modò probavimus, mulier per hanc donationem nec propriè nec verè domina constituitur. A quibus autem introducta, aut quo tempore primùm recepta sit, incertum est. Illud patet, sub Theodosio juniore & Valentiniano *III.* jam receptam fuisse, *l. consensu* 8. §. *hæc nisi* 4. *de repud.*

Primus Divus Justinus pater noster) Initio donationes ante nuptias post contractum matrimonium nec inchoari nec augeri poterant. Primus Justinus, quem hic patrem suum Justinianus appellat, ut & *infr. §. pen. quib. non est perm. fac. test.* quoniam ab illo avunculo suo adoptatus fuit, permisit, ut aucta postmodum dote tunc etiam augeri posset præcedens ante nuptias donatio, *l. si constante 19. C. de don. ant. nupt.* Justinianus autem etiam inchoari hujusmodi donationes post nuptias permisit, *l. ult. C. eod.* Cæterum hæc ita, ut si post contra-

tractas nuptias fierent vel augerentur, dotis quantitatem minimè excederent, ne fraus fieret Senatusconsulto, quo inter virum & uxorem donatio prohibetur.

5 *Sed etiam constante matrimonio initium accipiant*) Hoc à Justiniano constitutum, *d. l. ult. in pr. vers. simplices.* Adhuc donatio ante nuptias arbitraria erat, quamvis dos data esset: poteratque aut nulla constitui, aut dote minor, majorve, etiam si ante nuptias fieret, nec ulla requirebatur aut in partibus lucri, aut in quantitate, quæ utrinque conferebatur, æqualitas. Tantùm pacta, quæ inter virum & uxorem fierent de lucranda dote aut rebus propter nuptias donatis ad partium æqualitatem redigi cœperant. Sic enim à Leone constitutum erat; ut quantam partem stipulata fuerat mulier sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione post mortem mariti, tantam
6 maritus ex dote sibi stipularetur ab uxore, *l. ex morte 9. C. de pact. com. tam. sup. dot.* Cui Justinianus addiderat, si pacta lucrorum paria non esse contigeret, ut major lucri pars ad minorem reduceretur, *l. 10. d. tit. dict. l. ult. vers. simplices*, quæ confirmantur adhuc, *Nov. 22.* Tamdem Justinianus, *Nov. 97.* unde sumpta *auth. æqualitas, C. de pact. conv. tam. sup. dot.* statuit, ut non partium solùm æqualitas esset, verùm etiam quantitatum, atque omnimodo & in pactis stipulationibusque, & in ipsa etiam præstatione aut promissione tam dotis quàm donatione ante nuptias æqualitas servaretur, utque dote vel donatione propter nuptias aucta vel deminuta, ad parem quantitatem altera vel augeretur, vel minueretur: ex quo amplius liberum non fuit donare vel non donare, aut minus dote donare. Cæterum hanc constitutionem cum sua exæquatione & donandi necessitate jam pridem repudiavit publica consuetudo, ut notant Accur. *d. auth. æqualitas.* Bald. Salic. *in summa, d. l. ex morte.* Schneid. *hic n. 4.* Gail. *1. obs. 36. n. 10.* Quin etiam Cujac. *5. obs. 4.* refert, donationes propter nuptias penitus ex usu sublatas esse. Sanè in Belgio propriè neque donationum propter nuptias neque dotium usus est, quamquam bona, quæ mulier in matrimonium confert: dotem adhuc appellamus. Doarium autem sive dotalitium, quod moribus receptum, mera donatio est, quàm mortuo marito uxor percipit & lucratur: & ideo constante matrimonio neque constitui neque augeri potest, sed pactis antenuptialibus dumtaxat. Consulantur super hac re D. Neostad. *de pact. ante nupt.* Joan. à Sande. *lib. 2. tit. 4. fere per tot.* Grot. *lib. 1. manuduct. ad Bat. jurisp. c. 5. & lib. 2. c. 11. cum 2. seqq.* Pet. Greg. *syntagm. 11. c. 4.* Gudelin. *lib. 1. de jur. noviss. c. 8.* De jure mariti in nobis uxoris & societate conjugali, idem *d. l. 1. c. 7.* de jure superstitis conjugis & lucris nuptialibus, idem *d. l. 1. c. 11. l.* add. D. Lamb. Goris *advers. jur. tract. 1. fere per tot.* Quibusdam in locis certæ partis bonorum mariti ususfructus pro doario uxori assignatur legibus municipalibus, vid. Christin. *vol. 1. decis. 73. 237. 273. & illic citat.*

Sed propter nuptias vocentur) Justinianus donationem ante nuptias appellari voluit donationem propter nuptias: quoniam & augeri eam & fieri etiam post nuptias permissum sit, *l. ult. C. de don. ant. nupt.* quod non est magni momenti: & vetus nomen Rubrica Codicis retinuit. Rectius appellaretur donatio propter dotem, quod respondet vocabulo, quo Græci utuntur, quibus dicitur ἀντίφερν. Cæteroquin & dos propter nuptias donatio est, *d. l. ult.*

TEXTUS.

De jure accrescendi.

4. *Erat olim & alius modus civilis acquisitionis, per jus accrescendi, quod est tale: Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, & socio accrescebat. Sed pessimum fuerat exemplo, & libertate servum defraudari, & ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum accedere; hoc quasi invidia plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumissor, & socius ejus, & qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente, (cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est) & eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, & socio indemni conservato, pretiumque servi secundùm partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.*

COMMENTARIUS.

Alius modus civilis acquisitionis) Vel hinc apparet, superiores acquirendi modos inter acquisitiones civiles à Justiniano numerari. Subjicit autem hic pro conclusione alium civilis acquisitionis modum, sed antiquarum, & quem ipse jam antea abrogaverat, quo scilicet pars unius dominii communem servum manumittentis socio quærebatur jure

jure accrescendi. Quod jus donationi valdè affine erat, quoniam & ipsum causa erat merè lucrativa: & quia dominium istius partis citra traditionem transibat ad socium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile: estque casus quidam, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimarum voluntatum. VINN. Sed suppetunt plures, veluti in usufructu, *tit. ff. de usufr. accr.* & in socio liberalitatis imperialis, *l. 1. C. si lib. imp. soc.* HEIN.

Vindicta, vel testamento) Meminit dumtaxat manumssi vindicta aut testamento: quia alio modo, puta per epistolam, aut inter amicos manumissus huc non pertinebat. Sic enim jus erat, ut quibus modis servum proprium manumittens civem Romanum faciebat, iisdem modis communem manumittens partem suam amitteret, eaque accresceret socio: quibus autem modis proprium manumittens Latinum faciebat, ut iis modis comunem manumittens nihil ageret, id est, neque Latin. faceret, neque partem suam amitteret, Ulpian. *tit. 1. de libert. §. communem.* 18. Paul. 4. *sent.* 12. *in pr.* VINN. Immo ex Ulpiani loco patet, circa manumissos per epistolam aut inter amicos dissensisse veteres, & non omnes, sed plerosque tamen existimasse, manumittentem nihil egisse. Cui sententiæ & Paullus favet. HEIN.

Eo casu pars amittebatur) Nam cùm ea à domino manumissore abiret, nec tamen aut libertas communi servo ab uno è dominis in præjudicium socii sui dari posset, aut quisquam pro parte servus pro parte liber esse, quoniam status hominis individuus est; necessario eveniebat, ut pars manumissoris, quippe quæ nullius esse non poterat, accresceret, accederetque socio: non absimili ratione, qua placet, usumfructum in jure cessum extraneo extingui, & redire ad proprietatem, quod explicatum §. *pen. sub. de usuf.*

Per nostram constitutionem mederi) *Leg. 1. C. de comm. serv. man.* ubi quod in solis militibus antea obtinebat, jus commune facit sancitque generaliter, ut servus communis ab uno ex dominis manumissus liber omnino fiat, si manumissor alteri domino pretium suæ partis persolvere paratus sit. Neque inter modos manumittendi hic distinguendum, cùm quævis manumissio nunc civem Romanum faciat, §. 3. *sup. de libert.* & generaliter loquatur Imp. *d. l. 1. §. 1.*

Contra communes regulas) Jure communi nemo rem suam vendere aliove modo alienare cogitur, *l. invitum. 11. C. de contr. empt. l. nec emere. 16. C. de jur. del.* Ab hoc jure in casu proposito recedendum putavit Justinianus propter favorem libertatis: neque hoc, ut novum carpendum esse, cùm etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris constituisse notum sit, *l. generaliter. 24. §. si quis. 10. de fideic. libert.* Plures casus, quibus quis rem suam vendere cogitur, notavimus ad §. *ult. sup. de his qui sui vel al. jur.*

Quod nos definivimus) Ne de pretio partis domini non manumissoris contentio esset, Justinianus servorum pretia pro ætate atque artificio, cujusque quod exerceret, certa definivit; crescuntque à decem solidis, usque ad septuaginta, *d. l. 1. §. ne autem. 5. C. de comm. serv. man. l. ult. C. de cond. insert.* Quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionemque pretii in singulis causis arbitrio Magistratus potius permittendam fuisse. Hujus §. nullum esse hodie usum intelligi potest ex iis, quæ diximus, *l. 1. tit. de jur. person.*

TITULUS OCTAVUS.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

Continuatio, atque argumentum tituli.

EXplicati hactenus sunt plerique modi, quibus dominium rerum singularum nanciscimur tum jure gentium tum jure civili. Iu his præcipuus & modus maximè naturalis est, cùm dominus rem suam ita alteri tradit ut eam velit fieri accipientis, §. *per traditionem. 40. sup. de rer. div.* Cæterùm cùm hoc non omnes qui domini sunt, jus alienandi rem suam vel etiam administrandi habeant: deinde quia quandoque etiam contingit, ut is, qui dominus non est, dominium in accipientem transferat, eo quòd alienandi potestatem à lege accepit; utrumque hoc Justinianus exemplis sibi declarandum putavit proprio titulo; quem idcirco etiam statim superioribus subjicit. In *princ. & §. ult.* profert exempla eorum, qui cùm domini sint, jus tamen alienandi non habent; in §. 1. exemplum contrarium.

TEXTUS.

Summa tituli, de Marito, qui licèt fundi dotalis dominus sit, tamen alienare nequit.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit; & contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare; quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cùm enim lex in solis tantummodo rebus locum habeat, quæ Italicæ fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

NOTÆ.

Dotale prædium) Inæstimatum scilicet: nam æstimato in dotem dati alienatio marito permissa, *l. 10. §. 4. D. de jur. dot. l. 5. l. 10. C. eod.* sicut & rei mobilis, *l. 3. §. 2. D. de suis & legit. l. 3. C. de jur. dot. auth. sive à me. C. ad Sen. Vell.*

Sexus muliebris fragilitas) Ne fragilitate suæ naturæ in repentinam deducatur inopiam, *d. l. un. §. 15.*

COMMENTARIUS.

1 *Probibitionem legis Juliæ ad res dotales mobiles non pertinere, neque ad ullas æstimato in dotem datas.*
2 *Solum maritum verum justumque rei dotalis dominum esse, plenissimè probatur, remotis omnibus objectionibus.*
3 *Alienandi verbum quàm latè pateat ex sententia legis Juliæ.*
4 *Cur lex arctius prohibuerit fundi dotalis oppignorationem quàm alienationem?*
5 *Quantum mores nostri dissideant à jure scripto?*

D*otale predium maritus probibetur alienare*) Primum exemplum, quo ostenditur, eum qui dominus est, aliquando alienare non posse, propositum judicio dianoëtico syllogismi tertiæ figuræ partibus omnibus explicatis. Est verò partium metathesis, qua sublata apparebit syllogismus integer in Felapton. *Maritus prædium dotale alienare non potest: Maritus est dominus prædii dotalis; Ergo quidam rei dominus eam alienare non potest.* Ait 1 *prædium*: ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non est, quod etiam probant textus in *l. 3. §. 2. de suis & legit. l. 3. C. de jur. dot. l. ult. C. de serv. pign. dat. man. auth. sive à me. §. 1. C. ad Sen. Vell.* utique tamen hoc ita, si maritus solvendo est, *l. 1. C. de tit. de serv. pign. &c.* nam alioqui in fraudem uxoris id facere censetur, quippe cui dos deberi incipit: ex quo constat, mariti facultates ad exactionem dotis non sufficere, etiamsi matrimonium necdum solutum sit, *l. si constante. 24. sol. matr. l. si servum. 21. de manum. l. ubi. 29. C. de jur. dot.* Prædium autem accipere debemus inæstimatum: nam quæ res æstimato in dotem dantur, eas omnes, sive mobiles sint, sive immobiles, libere à marito alienari posse vel ex eo patet, quòd soluto matrimonio non res ipsæ, sed pretium sive earum æstimatio in restitutionem veniat, judicio venditi, *l. 10. §. si ante. 4. de jur. dot. l. 5. l. 10. C. eod.* Utique si æstimatio facta sit venditionis causa: secus autem si facta sit tantùm intertrimenti, 1. taxationis causa, ut constet, quanti res sit, ut in *l. 69. §. 7. de jur. dot. l. 50. sol. matrim. l. 20. C. de jur. dot.* Errat verò procul dubio Wesembecius contendens, maritum non alias res mobiles alienare posset, quàm quæ servando servari nequeunt *arg. l. lex quæ. 22. C. de adm. tut.* Longè enim plus juris maritus habet, quàm tutor, & futilis collectio est ex *l. res in dotem. 42. de jur. dot.* Rerum, quæ pondere, numero, mensura constant, maritus liberam alienationem habet; ergo cæterarum rerum mobilium non habet. Atque hoc tantùm Jurisconsultus ibi docere voluit, quantitatem in dotem dari eodem jure & obligatione, qualis est in mutuo.

Per legem Juliam) Quæ vulgo appellatur Julia de fundo dotali, *l. 1. l. 4. de fund. dot.* Tulit hanc legem Augustus: est enim ea ipsa, quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut constat ex *Paul. 2. sent. 21.* atque ex inscriptione multorum capitum sub *d. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit conceptum in hæc verba: *Fundum Italicum dotalem maritus invita uxore ne alienato; neve consentiente ea obligato, l. un. §. & cùm lex. 15. C. de rei ux. act.* Adi Brisson. *lib. sing. ad leg. Jul. de adult.* ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris nostris continentur, accuratè collegit & exposuit. Causa prohibitionis est favor dotium, quas mulieribus salvas esse etiam publicè expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant,

l. 2.

l. 2. de jur. dot. Ac tametsi soluto matrimonio maritus, hæredesve ejus dotem restituere tenentur: præstat tamen, mulierem rem habere salvam, quàm in personam agere, per *l. plus cautionis. 25. de reg. jur. l. 5. de susp. tut.* Cæterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavit, sed de prædiis dumtaxat; utpote quorum alienatio mulieribus maximè damnosa esse potest propter harum rerum pretium. Sed & prohibita rerum mobilium alienatione facile fieri posset; multi ut deciperentur, magnaque inde sequerentur incommoda.

2 *Quamvis ipsius sit*) Maritus esse rei dotalis dominum, innumeris locis & perspicuè proditum est, *l. 1. §. 1. l. dot. 13. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. de jur. dot. l. si prædium. 23. C. eod. l. quotiens. 47. §. ult. de pecul. &c.* causamque dotis habilem esse transferendum dominium, non secus ac venditionem, permutationem, donationem, scriptum expressè est, *§. per traditionem. 40. sup. de rer. div.* & probat *tit. Pand. pro dote.* nam alias mulier rem alienam marito ex causa dotis tradens non transferret usucapiendi facultatem, neque marito amissa possessione daretur actio in rem publiciana, *l. 3. §. 1. de Pub. in rem act.* Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria, qualia sunt, quòd maritus solus rem dotalem vindicat, *l. dote. 9. C. de rei vind.* quòd servus dotalis hæres ab aliquo institutus jussu mariti aut adit, aut repudiat hæreditatem, *l. servus. 58. sol. matr.* quòd dotali servo libertatem dare potest, *l. 3. C. de jur dot.* Quibus etiam hoc argumentum accedit, quòd ne mortuo quidem marito dominium rei dotali ad uxorem revertitur, sed una cum universitate transit in hæredem mariti, *d. l. 1. §. 1. de fund. dot.* ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, sed tantùm personalis rei uxoriæ, aut ex stipulatu. Postremò si maritus dominus rei dotalis non esset, quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio? Rectè igitur Græci *in Basil. 47. tit. 1.* τῆς προικὸς ὁ τῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ κύριος. Non pauca tamen huic sententiæ obstare videntur, atque uxori non marito dominium dotis asserere in *l. quamvis. 75. de jur. dot.* dos dicitur esse ipsius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, *l. 3. §. ergo. 5. de minor. l. in eum. 16. derel. & sumpt. fund. l. 4. de collat. in l. 7. §. si fundum. 22. sol. matr.* De fundo dotali differit Jurisconsultus, quasi de re aliena respectu mariti. Maritus in rebus dotalibus dolum & culpam præstat, *l. in reb. 17. de jur. dot.* Penes mulierem esse dicitur etiam fundi dotalis possessio, ut satisdare ea de causa non teneatur, *l. sciendum, 15. §. 3. qui satisd. cog.* Denique generaliter à Justiniano traditum est, res dotales in dominio uxoris permanere, *l. in rebus. 30. C. de jur. dot.* Hæc nostri non uno modo componunt. Donellus *lib. 14. com. 4.* putat, maritum rerum dumtaxat æstimatarum & quantitatis in dotem datæ dominum esse, corporis inæstimato dati mulierem. Vultejus *hic & 1. disc. schol. 19.* uxorem esse dominam rei dotalis, maritum dominum juris in ea re constituti. Vaudus, *2. var. quæst. 3.* & Joan. del Castil. *de usufr. c. 4.* marito nihil ferme tribuunt, præter jus rebus dotalibus utendi fruendi. Robertus *3. sent. 18.* dominium dotis marito concedit, proprietatem negat. Nonnulli dominium bonitarium penes maritum fuisse contendunt, Quiritiarum penes uxorem, ut Peruenot. *2. animad. 2.* Alii contra, illud penes uxorem, hoc penes maritum, ut Hotom *hic.* Cæterum nemo horum quicquam affert, quod mihi probari potest. Donelli distinctio apertè vitiosa est: nam cùm per se dotis constitutio sit titulus idoneus transferendum dominium, *d. §. per traditionem 40.* necesse est, ut tam rei inæstimatæ in dotem datæ dominium in maritum transeat, quàm æstimatæ, aut si aliena res est, usucapiendi conditio; quod etiam disertè traditur *l. 3. §. 1. de Pub. in rem. act.* Hoc tantùm interest, quòd dominium mariti in re dotali non æstimata minus plenum nec perpetuum est, quippe cujus rei, si immobilis est, nec alienandæ, nec obligandæ jus habet, & quam ipsam soluto matrimonio restituere tenetur; nam quod dotis causa perpetua esse dicitur *l. 1. de jur. dot.* id ad votum dantis referendum est, quod ea intentione detur, ut perpetuo apud maritum fit. At rei æstimatæ dominium plenissimè atque irrevocabiliter in eum transfert, ita ut pretii tantùm debitor efficiatur, nisi forte electionem sibi mulier reservaverit, *l. 11. de fund. dot. l. 5. C. de jur. dot.* aut intertrimenti dumtaxat causa æstimatio facta sit, ut paulo ante notatum. Idemque est cùm res fungibilis in dotem data est: perinde enim nunc maritus obligatur, ac si mutuum accepisset, *l. res in dotem. 42. de jur. dot.* Quid quod amissa distinctione Donelli fatendum erit, dominium rei dotalis non aliter transferri, quàm si venditio aut mutuum contractum sit? quod qui asserit, vi ipsa simpliciter negat, contra juris actoritatem, rem ex causa dotis transferri, aut dotem esse justum titulum transferendi dominii. Et vel unum hoc ad refellendum Donellum satis est, quòd maritus dicitur dominus

nus esse illius ipsius prædii, quod lege Julia vetatur alienare, *l. dotale.* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc text.* Etenim legis Juliæ prohibitio ad fundum dotalem non æstimatum fere solùm pertinet: ad æstimatum non pertinet, nisi uno illo & altero casu, quem supra indicavimus. Vulteji quoque distinctio tolerari non potest, & à juris ratione nimium quàm abhorret. Res ipsa in dotem data non jus aliquod in ea re mariti effici dicitur, *l.* 7. §. *si res.* 3. *de jur. dot.* prædium ipsum dotale mariti esse, dominium hujus prædii marito quæri, *d. l.* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc loc.* Quibus textibus atque aliis, quos supra adduximus, refutatur etiam opinio Vaudi & del Castill. Pluribus atque ex professo distinctionem Vult. confutat D. M. Lyclama. 7. *membr.* 26. Roberti merum commentum est, atque inauditum, alium dominium rei habere, alium proprietatem. Perenotti sententia plus coloris habet; sed tamen & ipsam falsam esse existimo. Moveor, quòd distinctio illa dominii bonitarii & Quiritiarii non pendet à titulo, aut causa acquirendi, sed à genere & modo, quo res in accipientem transferebatur. Potuit ergo maritus & ex jure Quiritium habere, puta, si mancipatio aut in jure cessio intervenisset: potuit & in bonis tantùm, si simplex modo traditio facta esset, & res nondum usucapta, per ea, quæ Ulpian. *tit.* 1. *de libert.* §. *qui tantum.* 11. Ac dominium quidem bonitarium semper penes maritum fuit, Quiritiarium plenum non semper, nudum numquam, in quo perspicuè errat Hotom. *fac. l.* 7. §. *si res* 3. *l. quamvis.* 75. *de jur. dot. l. Lucius,* 21. §. 4. *ad municip.* Una hujus dissidii conciliatio est, eaque simplicissima, ut dicamus, solum maritum esse rei dotalis etiam inæstimatæ verum justumque dominum: cæterum quia hoc dominium mariti perpetuum non est, sed abiturum ab eo, solutoque matrimonio, rediturum ad mulierem, (quippe cui maritus facto divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem restituere cogitur) hujus dissolutionis ac futuræ restitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quàm uxoris esse, & adhuc patrimonium uxoris appellari, deque marito considerato eodem eventu. Jurisconsultos nonnunquam ita loqui tamquam de non domino, & quasi rei alienæ administratore, præsertim in *tit. sol. matrim.* Qua ratione etiam defendendum erit, quod Justinianus ait, sola legum subtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, *d. l.* 30. *C. de jur. dot.* Loquitur enim etiam de rebus æstimatis, quas certo constat in patrimonium mariti transire, idque pleno etiam & perpetuo jure, *l.* 5. *C. eod.* Mirum verò non est, Justinianum sic loqui, dum scopo suo serviens colorem aliquem quærit constitutioni suæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æstimatis, quam inæstimatis concedit actionem in rem. Quod tamen cum Bachovio de utili in rem accipio, & quæ soluto demum matrimonio uxori detur in subsidium, ubi maritis solvendo non est.

In rebus, quæ Italicæ fuerant) In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit, sed potuit maritus ea libere alienare. Quod tamen absurdum merito videri potest: & maximè post constitutionem Antonini, qua provinciales omnes civitate donati sunt, *l. in orbe* 17. *de stat. homin.* Nam etsi prædiorum provincialium summum jus, & dominium Quiritiarium penes possessores non erat; proximum tamen pleno dominio jus habebant, quod in quemvis alium transferre poterant, omniaque percipiebant prædiorum emolumenta, uno excepto, quòd certum vectigal prædiis impositum quotannis solvere tenebantur. Cur igitur magis in Italia, quàm in provinciis mulieribus prospectum, cùm idem ubique sit, aut esse debeat, dotium favor? Existimo, non defuisse alia remedia, quibus nupturæ sibi in provinciis consulere potuerint. Lepidum verò est, quod Dionys. Gothofred. *in notis ad Theoph.* scribit, fundum extra Italiam situm per legem Juliam ne volente quidem uxore alienari potuisse. VINN. Immo nec opus fuit prohibere alienationem fundi dotalis provincialis, quippe ab emptore usucapi non poterat, adeoque soluto matrimonio semper poterat vindicari, quod secus se habebat in fundo Italico. *l.* 17. *ff. de stat. hom.* huc planè non pertinet. Communicato enim cum universo orbe Romano jure civitatis Romanæ, non ideo sublatum est discrimen soli Italici & provincialis, quod Justinianus demum abolevit. *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. l. un. C. de usucap. transform.* HEIN.

Alienationes inhibebat.) Alienatio dicitur omnis actus, per quem dominium transfertur, *l.* 1. *C. de fund. dot.* Itaque non tantùm distrahi fundus dotali prohibetur, sed etiam donari, permutari, in solutum dari, legari: ac ne quidem si miles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, *l. dotalem.* 16. *de testam. mil.* Sed & usucapio quoque appellatione alienationis continetur, *l. alienationis.* 28. *de verb. sign.* & ideo ad hanc quoque speciem lex Julia pertinet, *l. si fundum.* 16. *de fund. dot. fac. l. si ab eo.* 12. *de usuc. l.* 7. §. *qui sciens.*

sciens. 5. pro empt. Alienatum autem propriè non videtur, quod adhuc in dominio nostro manet, quamvis venditum rectè dicatur, *l. alienatum. 67. de verb. sign.* Alienandi autem prohibitione eos quoque casus comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re à dominio separatum transfertur, *l. ultim. Cod. de reb. al. non alien.* Quare nec servitutem prædio dotali maritus imponere poterit, nec servitutes prædio debitas remittere, vel amittere non utendo, *l. 5. de fund. dot.* Cui consequens est, libertatem servitutis urbano prædio dotali debitæ ex cessione patientive mariti non competituram, ne per hoc prædii conditio deterior fiat, *leg. 6. eod. tit.*

4 *Hypothecas earum etiam volente ea*) Lex Julia alienationes prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita muliere fiebant; oppignorationem etiam quæ fiebant ea consentiente, *l. unic. §. cum lex. 15. Cod. de rei ux. act.* Hoc ideo, quia facilius mulier adduci potest, ut consentiat obligationi, ubi nullum præsens periculum est, sed spes fore, ut maritus rem luat, quàm alienationi consentiat, per quam rei ipsius dominium statim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier concessura erat, arctius lex, immo solùm prohibere voluit: ut passim videmus ea sola legibus prohiberi, quæ facile fieri possunt, cùm lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatusconsulto Vellejano mulieri pro alio se obliganti succursum est, non donanti, nimirum quia, ut inquit Jurisconsultus, facilius se mulier obligat, quàm alicui donat, *l. 4. §. 1. ad senat. Velltjan.* Eadem ratio fuit legis Fusiæ Caniniæ infinitam manumissionem in testamento prohibentis, non inter vivos, *sup. de leg. Fus. Can.*

Utrique remedium imposuimus) Justinianus legis Juliæ prohibitionem primùm porrexit ad prædia provincialia, *dict. l. un. §. & cùm lex. 15. Cod. de rei ux. act.* quippe quorum nondum eadem causa, quæ Italicorum erat, quod effectum constitutione posteriore, *leg. un. Cod. de usucap. transf.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppignorationem, prohibuit, ut nec illa vel consentiente muliere fieri posset: quod lex Julia permittebat, *dict. leg. unic. §. & cum lex. 15. vers. cum autem.* Hæc autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christin. *volum. 3. dec. 133. num. 20. & 28. cum seqq.*

Ne sexus muliebris fragilitas) Ratio cur legi Juliæ hactenus derogarit, ut nec alienationem prædii dotalis, quæ cum consensu mulieris fit, valere patiatur, quia scilicet succurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate sexus, vel mariti reverentia, aut amore ductæ facile rerum suarum alienationibus consensum accommodant, τί γὰρ εἰς ἀπάτην ἀπλούστερον γυναικὸς. Liban. *Declam. 35.* Pontifices tamen hujusmodi alienationes, si jurato mulier consenserit, firmas manere præcipiunt, *c. cum contingat 28. de jurejur. c. licèt mulieres, eod. in 6.* Moribus harum regionum marito dominium rerum, quas uxor in matrimonium confert; non quæritur: sed nullis antenuptialibus instrumentis confectis bona omnia utriusque conjugum communia fiunt, ut alibi dictum. Cæterum sive facta sit bonorum communio, sive ea pactionibus exclusa, licet marito pro jure potestatis, quam maximam apud *nos* in uxorem habet, res ejus alienare, aut obligare, neque in eam rem opus habet uxoris consensu, nisi ea quoque potestas nominatim pactis antenuptialibus restricta sit, aut impetrata bonorum separatio. Neostad. *de pact. antenupt. obs.* 10. Grot. 1. *introd. c. 5.* & alii alleg. à Groenevv. *hic, tract. de ll. abrog.* Contra verò mulieres nuptæ res suas obligandi, aut alienandi jus non habent: ac neque ex contractu sine consensu maritorum inito obligantur, nisi quatenus ea obligatio spectat victum & cultum familiæ, exceptis palam negotiantibus, quæ institutorum jure *utuntur,* atque in negotiatione, quam exercent, se virosque suos obligandi potestatem habent, D. Joan. à Sande *lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4.* Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio Senatusconsulti utuntur, D. Neostad. *obs. rer. jud.* 18.

TEXTUS.

De Creditore, qui licèt non sit dominus, tamen alienare pignus potest.

1. *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quòd voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utrique parti creditorum, & debitorum satis abundeque provisum est.*

NOTÆ.

1. *Ex pactione*) Idem est, licèt pactio nulla

la interposita, *l.* 4. *D. de pign. act.* neutrum autem procedit sine prævia denuntiatione, *l.* 4. *Cod. de distr. pign. l.* 10. *C. de pign.* Sed etsi convenerit, ne liceat vendere, adhuc tamen distrahi potest, modò trina præcesserit denuntiatio, *d. l.* 4. *de pign. action.*

Qui ab initio pactus) Aut etiam ex intervallo, *d. l.* 4. *D. de pign. action.* Itaque hic casus non magis huc pertinet, quàm cùm procurator voluntate domini rem alienat, §. 42. *sup. de rerum div.* Rectius huc referas tutores & curatores.

Nostra constitutione) *L. ult. C. de jur. dom. imp.* ubi nova forma distrahendi pignoris prolixè præscribitur, cui locus fit, cùm de vendendo eo nihil nominatim convenit.

COMMENTARIUS.

1 *Unam saltem denuntiationem requiri, non tantùm cùm de pignore distrahendo non convenit, sed etiam cùm convenit, ut vendere liceat.*

2 *Quid si dies solutioni adjecta, & solutio sua die facta non fuerit?*

3 *Formam vendendi pignoris à Justiniano præscriptam vix ullibi locorum observari.*

HIc ex diverso ostenditur, etiam eum aliquando, qui dominus non est, alienandæ rei potestatem habere, exemplo creditoris pignoratitii. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum suorum & adultorum alienandi potestas non à domino, sed jure tributa est, *l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign.* quamvis his non quævis permissa alienatio, nec omnium rerum absque decreto. De quo vid. *l.* 9. §. *sicut* 5. *l.* 12. §. 1. *l. tutor* 22. *l. Lucius* 46. §. *ult. de adm. tut. l. non omni* 16. *l. lex quæ* 22. *C. eod. l.* 1. *& pass. de reb. eor. qui sub tut.*

Ex pactione) Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione.* Quid ergo si de distrahendo pignore nihil convenerit? Adhuc eo jure utimur, ut distrahere liceat, *l.* 4. *de pign. act.* Quin hoc ipsi naturæ pignoris inest. Atque hic casus potius ponendus fuerat, quàm cùm pignus alienatur ex conventione atque expressa voluntate debitoris, per ea, quæ statim sequuntur. Immo tantum abest, ut pactio ad alienationem pignoris necessaria sit, ut etiamsi nominatim contra convenerit, ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, si modò ter (per justa intervalla, quod judex arbitrabitur, Neguſ. *de pign.* 1. *membr.* 6. *part. principal. n.* 4. Schneid. *hic num.* 3.) prius debitori denuntiatum fuerit, ut solvat, & cessaverit, *d. l.* 4. *de pign. act.* alioqui si numquam liceret vendere, creditori pignus esset inutile, ut adeo tale pactum sit contra naturam pignoris. Enim 1
vero nec illo casu, quo nihil de distrahendo pignore actum est, absque præcedente denuntiatione pignus vendi potest, sed una tantùm denuntiatio sufficere putatur, *arg. d. l.* 4. *de pign. act. l.* 3. *C. de jur. dom. imp. l.* 4. *C. de distr. pign. l. debitoribus* 18. *C. de adm. tutor.* quamvis etiam hoc casu tres desiderare videatur Paulus 2. *sent.* 13. Hoc amplius putarem cum Castrens. ad *d. l.* 4. Neguſ. 1. *membr.* 6. *part. pr. n.* 1. Schneid. *n.* 2. contra *Gloss.* Salic. *in l.* 1. *C. de distr. pign.* Wesemb. *hic*, etiam tunc unam saltem denuntiationem requiri, cùm expressè convenit, ut pignus vendere liceat: cùm nec ante debitor constituatur in mora. Estque in eam rem textus apertius in *d. l.* 3. §. 1. *C. de jur. dom. imp.* & jure quoque veteri sic obtinuisse liquet ex *l. debitores* 10. *C. de pignor. & d. l.* 4. *C. de distr. pign.* Sed illud interest, quòd ubi de distrahendo pignore convenit, biennium post denuntiationem non expectatur, uti fit in duabus speciebus reliquis ex constitutione Justin. *d. l.* 3. 2
§. 1. *C. de jur. dom. imp.* Schneid. *hic num.* 3. Sed quid dicendum de his casibus, quibus mora contrahitur citra ullam interpellationem, puta si dies solutioni adjecta sit, & sua die solutio facta non fuerit? Hic enim adventu solius diei debitor in mora constituitur secundùm communem sententiam, per *l. magnam* 12. *C. de contr. stip.* Neguſ. *d. loc.* & Schneid. *hic num.* 1. putant, hoc casu nulla opus esse denuntiatione, sufficereque ad licentiam vendendi pignoris nudam debitoris moram. Cui sententia patrocinari videtur *l.* 8. §. 3. *de pign. act.* Sed humanius est ut dicamus, etiam hoc casu denuntiationem præcedere debere. Non enim protinus sequitur, ad debitorem constituendum in mora nihil aliud desideratur, quàm ut dies venerit; ergo hoc etiam sufficit ad jus distrahendi pignoris. Quippe pignoris obligatio diversa est à principali: nec si ob moram debentur usuræ, & rei debitæ periculum in debitorem transfertur, ideo statim etiam nulla præcedente denuntiatione licebit vendere pignus in gravissimum præjudicium debitoris. Nec obstat *d. l.* 8. §. 1. *de pign. act.* loquitur enim de jure vendendi pignoris, quod ex conventione competit ob non solutam sua die pecuniam. Quo tamen & ipso casu non solùm humanius, sed etiam tutius facturus est creditor, si futuram venditionem denuntiet debitori, ut se fraudis suspicione liberet, nec dolo

lo malo in ea venditione versatus quandoque dici possit, *l. 7. C. de distr. pign. l. 1. C. si vend. pign. agat.* Bald. *in l. 4. C. de distr. pign.* Castr. *in l. 4. de pign. act.* Ant. Fab. *C. suo. de distr. pign. defin.* 13. add. Joan. à Sande *rer. jud. lib. 3. tit. 12. defin.* 20. Quid quod hoc ipsum, quod DD. pro certis juris regula ponunt, solo diei lapsu citra aliam interpellationem debitorem constitui in mora, non usque adeo certum est, & sunt, qui falsum existimant? Ferret. *tract. de mora.* Charond. 3. *verosimil.* 10. Bachov. *in Treutl. disput. de usur. th.* 7. Quamquam horum argumentis solidè mihi respondisse videtur D. Guiliel. Masius *sing. opin. lib. 2. cap.* 4.

Quamvis ejus ea res non sit) Pignus in bonis debitoris manet, *l. pignus 9. C. de pign. act.* non enim hoc contractu pignoris agitur, ut res alienetur, sed ut obligetur creditori in securitatem crediti.

Qui pactus est, ut liceret) Hic igitur casus non magis huc pertinet, quàm si procurator, cui id dominus specialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim interest, utrum ipse dominus rem alteri tradat dominii transferendi causa, an voluntate ejus, §. *nihil 42. sup. de rer. div.*

Nostra constitutione consultum) Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Justinianus ita coercuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, & debitoribus justum spatium esse ad expediendam solutionem. Summa constitutionis Justinianeæ, quæ est *l. ult. C. de jur. dom. imp.* huc redit, ut si de vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventione præscripta in distractione servanda est) jus sit creditori altero demum post denuntiationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti tempus, quo id facere possit, per judicem præscribat. Hoc autem frustra tentato, ut possit creditor à Principe petere facultatem pro domino possidenti: qua tamen impetrata, adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo; quanti creditoris interest, quæsita pecunia persolvere, & pignus luere possit: eo verò tempore sine solutione transacto, creditor justus pignoris dominus efficiatur. Sed hæc forma vendendi pignoris vix ullibi locorum nunc observatur, vid. Bart. *d. l. 4. de pign. act. & d. l. ult. C. de jur. dom. imp.* Schneid. *hic n. 6.* Baron. *comm. part. 2.* Christ. *vol. 4. decis. 172. n. 3.* & ibi citat. Antiqua ratio planior & simplicior hæc fuit, ut annua pignoris proscriptione creditor ejus dominus efficeretur, si debitor id non lueret. Moribus nostris vix convenit, ut creditor privata auctoritate pignus distrahat, sed distractio addictione fieri solet auctoritate Magistratus, uti jure Rom. in iis pignoribus, quæ in causa judicati capiuntur, *l. 2. C. si in caus. jud. pign. c.* in quibus quid juris sit, quid item in pignore prætorio, disce ex *l. Divus 15. §. 2. & seqq. de re jud. l. cùm proponas 9. C. de bon. auct. jud. possess. cap. quoad consultationem* *x*. *de sent. & re jud.* Dyn. *in l. si finita 15. §. Julianus 16. de damn. inf.* Negut. *d. loc. num. 7. & seqq.* Christin. *vol. 4. decis.* 165. vid. Merul. *lib. 4. tit. 100. cap. 1. n. 10.* Neostad. *decis. 90. sup. cur.* Finis venditi pignoris est, ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est, id restituere debet, teneturque eo nomine actione pignoratitia: sicut vice versa in id, quod deest, creditori actio competit adversus debitorem vel fidejussorem ejus, *l. 6. de pign. act. l. 9. §. 1. de distr. pign. l. 3. C. eod.* Illud postremò sciendum est, si creditor ipse pignus non possideat, sed debitor vel alius, actione hypothecaria prius rem evincendam, ac tum distrahendam esse. Wesemb. *parat. de distr. pign. n. 1. & 10.*

TEXTUS.

De pupillo, qui licèt dominus, non tamen sine tutoris auctoritate alienare potest.

2. *Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.*

NOTÆ.

2. *Ideoque si mutuam pecun.*) A remotione generis ad remotionem speciei. Nam & mutui datio alienatio est, *l. 2. §. 2. l. 16. l. pen. D. de reb. cred. d. l. 9. princ. de auct. tut.* & in nativo suo significatu, *l. 1. C. de fund. dot.* Ita Interpp. omnes & novissimè Fabrot. & Grot. *in spars. flor.*

Bona fide consumpti) Consumptio bona fide facta conciliat mutuum & condictionem parit, *l. 19. §. 1. D. de reb. cred.* Valetque hoc etiam in nummis alienis mutuo datis, *l. 11. §. ult. cum 2. ll. seqq. eod.*

Si

Si mala fide, ad exhibend.) Nam qui dolo malo consumpsit, pro eo est, ac si non consumpsisset. Dolus enim pro possessione est, *l. 131. 150. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Corpora, quæ mutuo dantur, alienari. De quo cum D. Salmasio sermo.*
2 *Nummi quando consumpti intelligantur.*
3 *Mutuum non confirmari consumptione nummorum facta mala fide.*
4 *Cur in casu consumptionis mala fidei tantùm actionis ad exhibendum hic mentio fiat, emendato errore Cujacii?*

REdit ad eos, qui, cùm domini sint, alienare non possunt. Meminit porro unius pupilli, sed sunt in hoc numero plures: nam & puberes minores curatorem habentes huc pertinent, *l. 3. C. de rest. in int. l. lex quæ 22. C. de adm. tut.* item is, cui bonis interdictum est, qui, cùm de eo obligando, aut alienando deminuendove ejus patrimonio agitur in eadem causa cum furioso habetur, *l. 6. de verb. obl. l. 12. in fin. de tut. dat.* tum etiam cæteri, qui ob vitium morbumve corporis in curatione sunt, rerumque suarum administrationem non habent, de quibus *in §. 4. sup. de curat. l. 8. §. 3. d. l. 12. in pr. de tut. & cur. dat.* Filius quoque familiæ non potest alienare bona adventitia, quorum usumfructum pater habet, *l. ult. §. ipsum 5. vers. Filiis, C. de bon. quæ lib.* Interdum causa, ex qua res traditur, alienationem impedit, ut donatio inter virum & uxorem, *Pand. & Cod. eod. tit.*

Sine tutoris auctoritate alienare) Alienatio à pupillo facta sine tutoris auctoritate ipso jure nulla est; quippe cùm nec obligare se pupillus sine tutoris auctoritate possit, *l. 9. & passim de auct. tut. l. 11. de acq. rer. dom.* Cæterum auctore tutore & obligari potest, modò infantiam excesserit, & res suas rectè alienat, *d. l. 9. l. 5. de reg. jur. §. pupillus 9. inf. de inut. stip.* Res intellige, quantum alienatio sine decreto non est interdicta. Nam prædia pupillorum olim rustica, postea omnia, & res etiam mobiles, quæ sine detrimento servari possunt, absque decreto Magistratus alienari prohibita, *l. 1. & tot. tit. de reb. eor. qui sub tut. & tit. C. de præd. & al. reb. min. sine dec. non al. d. l. lex quæ 22. C. de adm. tut.*

Ideoque si mutuam pecuniam, &c. non contrabit obligationem) A genere ad speciem. Pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest: ergo nec mutuam pecuniam dando eam facit accipientis: quo fit, ut nec mutui obligatio contrahatur, nec condictio pupillo competat: siquidem mutui obligatio, nisi nummi accipientis fiant, non nascitur, *l. 2. §. 2. de reb. cred.* Supponit igitur Imp. id quod mutuo datur, alienari, seu mutui dationem esse speciem alienationis. Quod & alibi constanter traditum est, *l. 9. pr. de auct. tut. l. 16. l. pen. de reb. cred.* nec minus perspicuum, quàm verum: quippe cùm omnis actus, per quem dominium transfertur, verè & propriè sit alienatio, *l. 1. C. de fund. dot.* & sine alienatione fieri non possit, ut dominium rei ab uno abeat, & per traditionem transferatur in alium. Constat autem, corpora ipsa, quæ mutuo dantur, desinere esse dantis, & fieri accipientis, seu aliena, ita ut vindicari, aut ab eo avocari nequeant, *l. 35. §. 1. de donat.* Nec verò ideo minus alienantur, quia accipiens obligatur ad rem ejusdem generis restituendam, puta frumentum pro frumento, vinum pro vino. Quid enim refert ad alienationem ejus, quod datum est, utrum mihi, verbi causa frumentum ea lege datum, ut pro eo vinum aut oleum vicissim dem, uti fit in permutatione; aut frumentum ita datum, ut pro eo reddam aliud frumentum ut fit in mutuo? Est igitur mutui datio alienatio in nativo suo significatu: & ita Interpp. omnes, ac novissimè Fabrot. *ad Theoph.* & Grot. *in spars. flor.* De quo cùm sermonem haberem cum summo atque incomparabili viro D. Claud. Salmasio, hactenus quidem mihi assensus est ut fateretur, corpus rei, quæ datur in mutuo, alienari: sed negabat, ex eo effici, mutuam alienationem esse nisi forte materialiter. Propriè autem & formaliter mutuum non posse dici alienationem, propterea quod in eo nulla contingeret alienatio datæ quantitatis, sive sortis quæ diversum quid esset à data specie apud debitorem pereunte, & in qua propriè substantia mutui consisteret, uti rectè docuisset. Et simul interventu aliorum sermo noster interruptus est. Potest autem admitti D. Salmasii sententia, si appellatione mei & tui etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum, *l. 1. quid cert. loc. l. repetitio 44. de cond. ind. l. 6. § apud Labeonem 6. quæ in fraud. cred. l. 91. de verbor. sign.* Propriè tamen loquendo nec ipsa sors nostra manet: nec enim quod nobis debetur, quod in credito, propriè nostrum est, *l. 27. §. 2. l. 34. princ. de aur. arg. mund. leg.* Boët. *in Top. lib. 2. pecunia in nominibus debita non est nostra, sed debitorum.* E ita *in l. 1. de lib. leg.* Et ideo creditori non vindicatio sortis, sed tantùm condictio datur, qua intendat, verbi cau-

causa, centum sibi dari oportere, nemo autem rem suam condicit, aut sibi dari oportere intendit, §. 14. *inf. d. act. l. ult. in fin. usufr. quem cav.* Non male igitur mutuum à Cujacio definitur, alienatio pecuniæ sub lege reddendæ quantitatis ejusdem, *parat. C. si cert. pet.*

Vindicari nummi possunt, sicubi extant) Similis locus est *in l. 11. §. ult. de reb. cred*, At, inquies, de pupillo responsum est, eum nisi præsente tutore ne possessionem quidem, quæ naturalis est, alienare posse, *d. l. 11. de acq. rer. dom.* rationi autem juris non convenire, ut possidenti detur vindicatio adversus eum, qui nec natura possidet. Resp. ut vindicationi locus sit, satis esse rem ab alio quovis modo detineri & restitui posse, *l. 9. de rei vind.* adeoque pupillum, etsi animo desinere possidere non potest, corpore tamen posse, atque in alium possessionem, quatenus facti est, sine tutoris auctoritate transferre, *l. possessionem. 29. de acq. poss.*

Bona fide consumpti) Non est mirum, nullos apud auctores plures & crassiores errores reperiri quàm apud scriptores notarum: quippe quibus temporis non est vanno aut cribro utendi. Dion. Gothofredus ad *l. 9. §. 2. de auct. tut.* scribit, pecuniam in proposito intelligi consumptam, cùm is qui accepit eam, alteri reddidit, aut in solutum dedit: utiturque argumento, *l. non omnis. 19. §. 1. de reb. cred.* quo tamen loco hoc ipsum apertè negatur, & rectè. Nam datio in solutum aut creditum non facit, quo minus pecunia adhuc extet, & certo appareat. Quamdiu autem extat, & certo apparet, non potest dici consumpta; & apud quemcumque, aut ubicumque extat, in eadem causa & ejusdem manet, & à domino vindicari potest, ut proximè Imp. dixit. Quando igitur consummi intelligitur?
2 Nimirum cùm quis ea sic utitur, ut eo facto corpora ipsa nummorum, quæ data sunt, non appareant. Id verò contingit primùm corporibus sublatis, veluti si quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit: quo facto pecunia extinguitur. Neque obstat distinctio, §. *cùm ex aliena 25. sup. de rer. div.* Nam vas ex nummis aureis vel argenteis conflatum ad rude quidem aurum vel argentum reduci potest; ad priorem speciem sive monetam non potest. Planè possunt auctoritate Principis nummi ejusdem potestatis & eadem figura inde cudi, sed nova hæc moneta & species est, non illa, quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus, veluti si quis nummos acceptos ita aliis miscuerit, ut discerni non possint: nam etiam ea re eum qui accedit, dominum fieri placet, *l. si alieni. 78. de sol.* Don. *ad l. rogasti. 11. §. ult. d. t. n. 9.* Ait, *bona fide.* Quod ergo *in d. l. non omnis. 19. l. 1. de reb. cred.* & si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, si pupillus sine tutoris auctoritate credendi causa pecuniam dederit, consumpta ea nasci conditionem, id *ex hoc loco* junct. *d. l. rogasti. 11. §. ult. d. tit. l. 9. §. 2. de auct. tut.* sic interpretandum erit, si bona fide ab accipiente consumpta sit, ignorante scilicet, pupillum esse, qui credidit. Efficitque hoc etiam ratio juris; quia quæ dolo malo consumpta sunt, non alio loco jure habentur, quàm si adhuc extarent, nec consumpta essent, *l. qui dolo. 131. l. parem. 150. de reg. jur.* ac proindè cùm malæ fidei consumptio consumentem dominum non faciat, nec mutuum ea consumptione confirmabitur, Don. *d. loc. n. 7.* Quod verò D. Bachovius putat non obstare malam fidem, quominus consumptione dominium quæratur, & tamen bona fide tantùm facta consumptione, mutuum, quod ab initio non consistebat propter inutilem numerationem, convalescere, id mihi planè ἀσύστατον, videtur. Et sententia Bachovii, quòd per consumptionem & similes acquirendi modos dominium acquiratur, citra considerationem bonæ aut malæ fidei, *etiam* extra causam accessionis; supra à me *refutata* est *sub. §. cum ex aliena 25. de rer. div.* 3

Condici possunt) Quod valet in nummis alienis mutuo datis, ut iis bona fide consumptis ei, qui dedit, condictio detur tamquam ex mutuo, *l. 11. §. ult. cum 2. ll. seqq. de reb. cred.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, si is rei suæ alienandæ facultatem non habuit, qualis est pupillus. Quapropter si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, consumptis nummis & illi condictio nascitur, *l. non omnis. 19. §. 1 de reb. cred.* & omnino quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eamdem esse placet & bona fide consumptæ, *quasi* translatæ: unde rectè dicitur, quod ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ consumptione bona fide facta. *DD. in d. l. 11. §. ult. & d. 19. §. 1.*

Si mala fide, ad exhibendum) Puto tamen & condictionem in proposito dari, non quidem quasi ex mutuo, quia consumptio mala fide facta dominum non facit, ut paulo ante probavimus: sed condictionem sine causa, utpote quam constat etiam adversus prædonem fructuum consumptorum nomine dari, *l. 3. C. de condict. ex leg. l. 4. C. de crim. exp. her.* Ait, *ad exhibendam.* Immo & in rem, inquit Cujacius: quoniam mala fides pro possessione est.

est. Sed, inquit in rem utilis est; ad exhibendum directa: quare commodius agi ad exhibendum quam in rem. Quod falsum est & inconsideratè à Cujacio prolatum. Non enim magis fieri potest, ut contra eum, qui possidere desiit, detur directa ad exhibendum actio, quàm directa in rem: cùm ille non magis exhibendi, quàm restituendi facultatem habeat.

4 Sed ut contra possidentem rem mobilem utraque directa est, ita contra eum, qui dolo malo desiit possidere, utraque utilis. Nam quòd dolus pro possessione est, id non ex vero, sed ex interpretatione est & fictione juris, quæ utili tantùm actioni locum facit. Cur igitur actionis ad exhibendum meminit dumtaxat? Quia utili judicio ad exhibendum semper consequitur actor id totum, quod sua interest, §. 3. *inf. de off. jud.* vel permittitur rei petitæ æstimatio ipsius jurejurando, ut fit in eadem actione directa, si possessor per contumaciam rem non exhibeat: pro casu per jusjurandum in litem petitoris possessorem damnari certum est, *l.* 3. §. 2. *ad exhib.* Cùm igitur præparatorio judicio illud ipsum consequatur actor, quod rem vindicando consecuturus esset, nihil superest, quod alia actione persequatur. Ita in simili Jurisconsultus, *d. l.* 11. §. *ult. de reb. cred. Vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi.* Cujus loci lectionem frustra Donellus conatur emendare.

TEXTUS.

3. *At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, Quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarum solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat. Quo subsecuto, si & judex pronuntiaverit, & debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter quàm disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, & adhuc eandem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si male consumpserit, aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur: quia temere sine tutoris auctoritate, & non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id, quod solvunt, non fit accipientis: quum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.*

NOTÆ.

3. *Plenissima securitas*) Ita ut nec in integrum restitutioni sit locus: quod beneficium sola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit, *tit. C. si tut. vel cur. int.*

Salvam habeat, aut locupletior) *L.* 15. *l.* 47. *l.* 66. *D. de sol. l.* 4. §. 4. *de dol. exc. l.* 14. *D. de cond. ind. l.* 57. *de reg. jur.* Non debet pupillus occasionem juris ad iniquum trahere cum detrimento alieno compendium, *l. pen. in fin. reb. eor. qui sub tut.* Quando locupletior factus intelligatur, & quo tempore id inspiciatur, disce ex *l.* 4. *D. de except. d. l.* 47. *pr.* & §. 5. *de solut.*

Male consumpserit) Th. ἀσώτως ἐδαπάνησε, per luxum prodegerit.

Aut vi,) Deest in ver. lib. Cujac. Hotom. nec Th. habet.

Nullius rei alienatio) Argumentatio à genere ad speciem, quæ valida εἰς ἀναιρετικόν. Nota, & solutionem esse speciem alienationis, *d. l.* 9. §. 2. *De auct. tut. l. pen. D. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Debitorem pupillo sine tutoris auctoritate solventem non liberari; licèt dominium rei solutæ transferat.*
2 *Pupillo, in quem solutio collata, rectè solvi etiam sine tutoris auctoritate.*
3 *Quid sit sensus verborum hujus* §. ita licere tutori vel curatori, &c.
4 *Adversus solutionem factam ex præscripto Justiniani pupillum aut adultum beneficio ætatis non restitui.*
5 *Quid si nummos sine tutore aut judice sibi solutos salvos habeat pupillus?*
6 *Cujus periculo sit pecunia, quem pupillus sine tutoris auctoritate credidit, aut in solutum dedit?*

Sine tutoris auctoritate dari) Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l.* 11. *de acq. rer. dom.* semper enim conditionem suam meliorem facere potest, *sup. de auct. tut. in princ.*

Ideoque si debitor) Hotom. & Wesemb. pro *ideoque*, legendum censent, *quamquam.* Quia nulla hìc conclusio ex præcedente propositione, sed diversæ causæ propositio, & præcedentis regulæ exceptio: nisi hoc in præceden-

 ti-

tibus dicamus subintelligi oportere, ut scilicet quidvis pupillo rectè detur sine tutoris auctoritate, cæterum hactenus, ut ex eo pupillus ipse neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere possit. Alii hìc illationem fieri ajunt non ex proxima, sed ex superiore sententia §. *præc. in pr.* ubi traditum, pupillum nullam rem sine tutore alienare posse; huic enim esse consequens, ut nec sine tutoris actoritate pupillo rectè solvatur. Quippe admissa solutione debitorem liberari, pupillumque obligationem & actionem, quam habebat, alienare aut perimere, *l. pupillo 15. de solut.* Quod ut speciosius dicatur, ex duobus hisce §§. unum faciunt. VINN. Forsan scriptum fuerat: *Alioqui si debitor pupillo solvat*: idque librarii vel qui emendarionis curam in se susceperant, mutarunt in *ideoque*, quia *alioqui* paullo post videbant repeti. Sed pergamus. HEIN.

1 *Si non solverit auctoritate tutoris, non liberabitur*) Licèt dominium rei solutæ transferat. Nam quemadmodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum sibi non obliget, *sup. de auct. tut. in pr. l. Jullanus. 13. §. si quis. 29. de act. empt.* ita qui cum pupillo obligationem vult distrahere solvendo, licèt ea solutione dominium in pupillum transferat: se tamen à pupillo, qui per se neque conrrahere, neque distrahere obligationem potest, non liberat, *d. l. 15. de solut. l. 5. de reg. jur.* Debet itaque debitor, si liberari velit, pupillo solvere cum auctoritate tutoris, vel ipsi tutori: nam & hoc casu æque liberatio ipsi jure contingit, *l. Lucius. 46. §. tutelæ. 5. de adm. tut.* Pupillum autem intelligimus creditorem: nam si pupillus solutionis causa tantùm adjectus sit, hoc est solutio sive jus solvendi in eum collatum, puta si quis stipulatus sit tibi, aut
2 Tirio pupillo dari, promissor & sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberabitur, *l. si stipulatus. 11. de solut.* scilicet quia ex hujusmodi stipulatione nullum jus obligationis pupillo quæritur. Et solutio sic accipiatur, quasi ipsi creditori solutum esset, qui ita sibi solvi voluir, *l. si ita stipulatus 59. d. tit.* de quo ex professo infra §. *si quis alii. 4. de inut. stip.*

In constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos) Missa est hæc constitutio ad Joannem Præfectum Prærorio: intelligit enim *leg. sancimus. 25. C. de adm. tut.* quòd ipsa verba istius constiturionis, quæ huc translara sunt, ostendunt. Promulgata tamen hic dicitur ad Cæsarienses advocatos, nimirum quia ad interrogata eorum & consultationem emissa est, ut arguunt multæ aliæ constitutiones, *leg. ult. Cod. de pact. leg. si major. 12. C. de legit. hæred leg. si fidejusso. 27. C. de fidejuss. leg. optimam. 14. C. de cont. stipul.* junct. §. *item. verborum. 12. infr. de inut stip.* quæ omnes ad diversas consultationes & quæstiones à Cæsariensi advocaiione propositas scriptæ, & ad eundem Joannem P. P. missæ sunt; quippe cujus auditorio advocati Cæsarienses militabant. Intelligi autem advocatos, qui erant in urbe Cæsarea, non illa Cappadociæ, ut Balduinus, Cujac. & Fabrot. existimant, sed Palæstinæ, perspicuum est ex *dict. leg. si fidejuss. 27. C. de fidejuss.* ubi eadem advocatio, quæ passim Cæsariensis, Palæstina appellatur.

Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere) Locutio implicata, quæ sic construenda & ordinanda est: *Ita licere* (id est, *permitti, jus esse*) *debitorem pupillarem solvere tutori vel curari*, &c. *Solvere*, id est, *numerare quod debetur.* Theophilus ποιήσασθαι τὴν καταβολὴν. Anton. Fab. 13. *conject.* 13. *& jurisp.* 12. *pr.* 7. *illat.* 43. huic orationi alium sensum affingit, quasi ita scriptum esset; *ita licere tutori vel curatori debitorem pupilli, vel adulti absolvere & liberare*) qui scil. antea pupillo, aut adulto solvit sine tutoris aut curatoris auctoritate, vel cùm adhuc tutorem aut curatorem non haberet) *si prius judicialis sententia*, &c. Sed præterquam quod hæc locutio non facile est obvia, *solvere debitorem* pro liberare obligatione, quamquam unus & alter locus occurit, in quo debitor solutus pro liberato dicitur, *l. decem. 116. de verb. obl. l. si ex pluribus. 16. de accept.* pugnat illa Fabri expositio manifestè & cum sententia & cum verbis Justiniani, quæ ille mirè torquet, ne videantur obstare iis, quæ ex cerebro suo comminiscitur contra veram & receptam sententiam, quæ hæc est: Quamvis ipsi tutori ejusve auctoritate pupillo facta sit solutio, æque solutione debitor ipso jure liberetur; nihilominus tamen pecunia male consumpta maleve collocata, patere pupillo, si tutor solvendo non sit, restitutionem in integrum, nisi sententia judicis intervenerit, *l. 1. C. si adv. sol. l. 2. C. si tut. vel cur. int.* Vid. Gomez. 2. *resol.* 14. *n.* 4. Maurit. *de rest. in int. cap.* 176. *& seqq.* Brisson. *lib. 1. de sol. sect.* 4.

Si prius judicialis sententia) Excipiuntur redditus annui & cæterarum rerum pensiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipsi tutori curatorive etiam sine judice tuto solvuntur, *dict. leg. sancimus. 25. C. de admin. tut.* Siquidem & molestum esset, quotannis adire judicem, & incommodum minori, diu differri solutionem ejus rei, unde fere ali so-

solet. Quod tamen & ipsum sic postea Justinianus temperavit, si non excederent metas bienni aut summam centum solidorum, *leg. constitutionem.* 27. *C. d. tit.*

Sine omni damno) Id est, ut Theophilus interpretatur, δίχα πάσης δαπάνης, sine ullo scilicet sumptu aut impensis in judicum, scribarum, viatorumve mercedes. Nam iniquum esset, debitorem sumptu onerari ex persona creditoris.

4 *Sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitas*) Ita ut nec adversus solutionem decernente judice factam beneficio ætatis in integrum restitui postulans audiatur. Cui non obstat quod placet, minorem etiam restitui contra factam ex decreto judicis venditionem, *l.* 11. *C. de præd. min.* Nam debitor ex necessitate solvere tenetur: emptor potest non emere. Jure veteri quoque hoc obtinuit, ut solutio decernente ac statuente judice facta à debitore minoris plenissimam liberationis securitatem pareret: & procedebat hoc ita etiamsi minori curatorem non habenti decernente judice solutum esset *l.* 7. §. 2. *de minor.* Cæterum liberatio nihilominus ipso jure contingebat, si tutori vel curatori solutio facta esset, quantumvis sine judice: solùm hic supererat adhuc metus aliquis restitutionis in integrum: si forte pecunia male collocata, & tutor vel curator solvendo non esset. Post constitutionem autem Justiniani dicendum videtur, solutionem sine judice factam, aut ad liberationem ipso jure non prodesse, licèt tutor vel curator intervenerit, aut si adhuc debitores ita liberari placet, minus quàm olim hoc casu securos esse: quippe olim prius tutores & curarores actione ordinaria conveniendos fuisse, & demum si illi solvendo non essent, patuisse minoribus remedium extraordinarium, Hodie verò esse, quod de se querantur debitores, quòd non solverint secundùm præscriptum constitutionis Justinianeæ.

Pecuniam autem salvam habeat) Etsi solutione sine tutore judiceve facta eamdem pecuniam petere adhuc pupillus potest, aut ipso jure, aut per restitutionem in integrum, si tamen nummi salvi sint, eosque penes se domi pupillus habeat, iterum petentem eum doli mali exceptione debitor removebit, quò iniquum contra bonam fidem lucrum captet, *leg. pupillo.* 15. *de solut. l. bona fides.* 57. *de reg. jur. l. pen.* §. *de reb. eor. qui sub. tut.* Eodemque modo consumptis nummis, si ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repelletur, ne ditetur cum alieno detrimento, contra quam natura æquum est, *l.*4. §. *si quis.* 4. *de dol. mal. exc. l. in pupillo.* 47. *de solut. l. nam hoc* 14. *de cond. ind.* Qua de causa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum est, quatenus patrimonium ejus auctum sit: ut nihil mirum, si solutione locupletatus iterum petens exceptione summoveatur, cùm etiam ultro adversus eum factum locupletiorem ex contractu negotiove gesto actio competat, *l.* 3. §. *pupillus. l.* 6. *in pr. de neg. gest. l.* 5. *in pr.* & §. 1. *de auct. tut. leg. naturaliter.* 13. §. 1. *de cond. ind.*

Aut ex ea locupletior) Locupletior factus intelligitur, si ex pecunia soluta rem aliquam sibi comparavit, quam etiam non habet, *l.* 4. *de except.* aut si ea quovis modo in rem ejus versa sit, *l. si pupilli.* 66. *de solut.* Hoc amplius & si rem sibi necessariam ex nummis solutis pupillus emit, quam alioqui de suo empturus fuerat, licèt ea ante litem contestatam perierit, quasi locupletior factus intelligitur; quia tantumdem de suo perditurus erat, etiamsi nummos solutos non accepisset, *leg. in pupillo.* 47. §. 1. *de solut.* Utrum autem pupillus locupletior factus sit, necne, in hujusmodi quæstionibus eo tempore spectatur, quo agitur, seu tempore litis contestatæ, *dict. leg. in pupillo.* 47. §. 1. *l.* 4. *de except. litis.* 37. *de neg. gest.*

Quòd si male consumpserit) Si pupillus, cui sine tutore aut judice solutum est, pecuniam salvam non habeat, neve ex ea locupletior factus sit, sed malè, profusè, ἀσώτως eam consumpserit, non juvabit debitorem doli mali exceptio, sed iterum eamdem summam solvere cogere. Planè si pupillus partem adhuc salvam habeat, aut pars in rem ejus versa sit, hactenus proderit debitori doli mali exceptio, ne ultra condemnetur, quàm pupillo abest. Ex his autem quæ disputata sunt intelligimus, quid sibi velit Accursius, qui in *l.* 7. §. 2. *de minoribus*, scribit, debitorem pupillarem solventem triplicem posse consequi liberationem, aut securitatem; plenam, pleniorem & plenissimam. Plenam, si pupillo sine tutoris aut judicis auctoritate solverit, & pecunia pupillo iterum petenti salva sit, inve rem ejus versa, ut *hic & suprà dd. ll.* in quo effectum rei spectavit: nam vi ipsa debitor esse desinit, qui exceptionem perpetuam sibi quæsivit, *l.* 10. *l. creditor.* 55. *l. debitor.* 180. *de verb. sign.* Pleniorem, si solverit tutori ejusve auctoritate pupillo, non inveniente judicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, *l.* 1. *C. si ad vers. sol.* Plenissimam, si solutio facta sit auctoritate & decreto judicis: quod cùm factum est,

etiam

etiam restitutionis metus omnis tollatur. Quæ eadem Bartoli in *dict. l. 7. §. 1.* cæterorumque Interpretum distinctio est, ab Antonio Fabro multis quidem verbis, sed nulla probabili ratione improbata *lib. 17. conj. 13.*

Ex diverso, pupilli solvere sine tutoris auctoritate non possunt.) Quemadmodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis; ita eadem ratione nec solvendo creditori suo quod debet liberatur. Cæterum quemadmodum consumptis nummis, quos mutuo dedit, condictio ei nascitur; ita & consumptis, quos dedit in solutum, contingit ei liberatio, *l. non omnis. 19. §. 1. de reb. cred. l. 9. §. 2. de auct. tit. l. 14. §. ult. de solut.* Quid ergo, si nummi, quos pupillus sine auctoritate tutoris credidit, aut in solutum dedit, casu apud eum qui accepit, perierint? utrius periculum & jactura erit? Donellus in *d. l. 19. §. 1.* Azonem secutus pupilli periculum esse putat: quoniam ita jus sit, ut res pereat suo domino, *l. 6. l. 9. C. de pign. act.* Sed rectè cum *Gloss. & DD. comm.* Zas. *ibid. nu.* 8. contrarium defendit, ne quod favore pupilli introductum est, ut ne credendo aut solvendo dominium transferat, in perniciem ejus vertatur, contra *l. quod favore. 6. C. de legibus*, & quod dicitur, casus fortuitos spectare dominum; hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure singulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere: sed quod cætera perinde habendum, ac si quis alius credidisset aut solvisset.

TITULUS NONUS.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

C. *Lib.* 4. *Tit.* 27.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HIc titulus totius superioris disputationis quamdam quasi ampliationem continet ostendens, non solùm nobis acquiriri ἀμέσως per nosmetipsos; verùm etiam per alios ἐμμέσως. Personæ, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in principio: ex qua enumeratione perspicuum est eos, per quos nobis acquiratur, oportere nobis subjectos esse: vel revera, ut sunt liberi nostri, quos in potestate habemus; item servi; tum nostri, tum aliquatenus etiam alieni, in quibus usumfructum habemus: vel justa nostra opinione, ut sunt servi alieni & liberi homines, quos bona fide possidemus. De quibus singulis cùm explicatum est removetur hinc persona extranea, utpote per quam, excepta causa possessionis nihil acquiri possit: ac postremò ab acquisitione rerum singularum transitur ad modos, quibus acquirimus res universas.

TEXTUS.

Summa.

Adquiritur vobis non solùm per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per servos, in quibus usumfructum habetis: item per homines liberos & per servos alienos, quos bona fide possidetis: de quibus singulis diligentius dispiciamus.

NOTÆ.

Quos bon. fid. possidetis) Ergo non tantùm per eos, qui revera nobis subjecti sunt, acquirimus, sed etiam qui justa opinione nostra.

COMMENTARIUS.

ACquiritur vobis) In aliis libris hæc & quæ porro sequuntur, leguntur, in prima persona, *acquiritur nobis*, &c. uti apud Cajum *l. 11. de acq. rer. dom.* unde hic titulus per magnam partem descriptus est: eoque modo etiam Theoph. hunc locum reddidit, & legendum censent Cujac. Baro. Wesemb. Mihi utro modo legas, parum referri videtur.

In potestate) Non dixit *in dominio*, sed generaliter, *in potestate*. ut uno verbo & filiosfam. & servos comprehenderet. Nam potestatis verbo, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium significatur, *leg. potestatis. 215. de verb. sign.* VINN. Attamen & liberos æquè ac servos fuisse in dominio juris Quiritium certissimum est. Liberi enim poterant mancipari, tanquam res mancipi,

Caj-

Caj. *Inst. l. 6.* 3. poterant vidicari, *l.* 1. §. 2. *ff. de rei vind.* poterat iis surreptis, actio furti institui, *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Conf. Ill. Bynkesh. *de jure occidendi*, *lib.* c. 1. *p.* 145. HEIN.

TEXTUS.

De liberis in potestate.

1. *Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum esset alii filio vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est: & generali constitutione emissa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim à nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.*

NOTÆ.

1. *Castrensibus peculiis*) Quæ primùm filiisfam. militibus concessa: postea etiam veteranis, seu militia missis, *pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* Juven. *sat.* 16. *v.* 52. Postremò ad exemplum castrensis castrensis etiam quasi castrense peculium exceptum, quasi militum contemplatione litteratæ militiæ, §. *ult. inf. de mil. test.*

Sine ulla distinctione) Id est, peculium omne paganum pleno jure patri acquirebatur. Non distinguebant inter profectitium & adventitium, neque inter usumfructum & proprietatem.

Generali constitutione) *L.* 6. *C. de bon. quæ liber.* qua quod circa bona materna & materni generis, item lucra nuptialia jam ante à diversis Principibus statutum erat, *l.* 1. & 2. *C. de bon. mat. l.* 1. 2. 6. & 7. *C. Theod. l.* 1. & 4. *C. de bon. quæ lib.* ne ἀσύμβολος abiret, produxit ad bona omnia adventitia.

Honorem debitum) Th. Τὸ ἐποφειλόμενον ἐφύλαξεν, *debitum reservavit*, & vox *honorem* abundare videtur Cujac. quoniam hic non agitur de honoris debito, sed acquisiti. Deest quoque in emendatissimis editionibus, teste Fabrot.

Usumfructum patri) Quidam etiam casus sunt, quibus peculii adventitii plena proprietas filio acquiritur, *l. ult.* §. 1. *Cod. de bon. quæ lib.* auth. *excipitur, cum* 2. *seqq. Cod. eod. Peculium adventitium*, ξένον, ἐπίκτητον, Gloss. lat. gr. quod aliunde, quam à patre obvenit, & quasi τυχηρόν.

COMMENTARIUS.

1 *Post occupatam demum Remp. filiis fam. primùm militibus, deinde etiam veteranis peculium castrense pleno jure concessum: procedente tempore, & quasi castrense.*
2 *Quid sit peculium filiisfam. quot ejus species, & quid singulæ.*
3 *Translato in Thraciam Imperio, primum bonorum maternorum, mox etiam materni generis, & lucrorum nuptialium, novissimè omnium adventitiorum proprietatem filiisfam. concessam, solo usufructu apud patrem relicto.*
4 *Quid moribus nostris, & Gallorum?*

E*Xceptis castrensibus peculiis*) Florente Republ. peculium filiifam. uniusmodi fuit. 1
Nam ut servus domino, ita filius patri cuncta pleno jure acquirebat: idemque planè jus & in corpus & in bona liberorum pater habebat, quod dominus in servos; cujus rei inter alios testis locuples est Dionys. Halicarnassensis *lib.* 8. *Romani*, inquit, *proprium nihil possident, quamdiu patres eorum in vita manent: sed & pecuniæ & corpora filiorum parentum potestati arbitrioque permissa sunt; omniaque parentibus acquirunt quasi servi*, ut ὑποχείριοι καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων. Verùm Imperatores ut præmio aliquo adolescentes ad militiæ labores invitarent, eorumque sibi conciliarent studia, castrense peculium filiisfamil. pleno jure concesserunt: primùm militibus, postea etiam veteranis seu à militia dimissis, *infr. quib. non est perm. fac. test. in pr.* Ex quo filiifamil. in hoc peculio jus ac vicem patrumfami. obtinere cœperunt, *l.* 2. *de senat. Mac.* idque significat Juvenalis *satyr.* 16. *v.* 52. his versibus:

——Nam quæ sunt parta labore
Militiæ, placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cujus regimen pater.——

Igitur quod ait, *olim quidem*, &c. excipiens peculia castrensia, id ad tempora Julii aut Augusti & sequentia referendum est, *l.* 1. *de testam. mil. d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* Postremò, nec multo post ad exemplum castrensis peculii etiam quasi castrense peculium exceptum & filiisfamil. permissum est, §. *ult. inf. de mil. test.* Planè hactenus adhuc diu jus ve-

vetus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona castrensia pater jure peculii occuparet, *l. 2. de constr. pec.* de quo plura alibi. VINN. Jus in peculio castrensi eodem tempore concessum videtur filiis familias, quo militibus liberrima illa testamenti factio concessa est, cujus historiam habes in *l. 1. pr. ff. de test. mil.* Nec mutatum videtur quod pater bona filii intestati jure peculii occupet, si liberos vel fratres non reliquit. Nam & bonis publicatis, ea tamquam peculium penes patrem manent, *l. 3. C. de bon. proscr.* Utroque enim casu cessat favor filiifamilias militis, ob quem illi hujusmodi concessum est privilegium. HEIN.

Sine distinctione) Profectitii scil. vel adventitii peculii, proprietatis & ususfructus, inter quæ primus Justinianus est, qui differentiam generali lege introduxit. Ex his porro patet, quicquid filiusfam. habet, sive concessione patris, sive partum suo labore, aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiifam. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera posse dividi, ut dicamus, peculium filiifam. esse vel militare, vel paganum: & utriusque iterum duas esse species inferiores, illius castrense & quasi castrense, hujus profectitium & adventitium. Castrense est, quod per ocasionem armatæ militiæ filius sibi acquisivit: quod quid contineatur, docent *l. castrense. 11. d. castr. pec. l. 1. C. eod.* Quasi castrense est, quod in toga operam Reipub. navans paravit, puta ex professione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex patrociniis causarum, & urbana illa inermique militia, *l. ult. C. de inoff. testam. l. 4. l. advocatio. 14. C. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque à Principe in filiumfam. collatam instar castrensis peculii haberi placuit, *l. 7. de bon. quæ lib. in pot.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifam. esse placuit, ut de eo statuere possit non secus, ac si paterfam. esset, *d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test. l. 1. §. nec Castrense. 16. de collat. l. 2. de sen. Mac.* Adde quæ notavimus sub *§. ult. infr. de mil. test.* Profectitium peculium est, quod à patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. Adventitium, quod aliunde filio obvenit; sive id laboribus suis acquisivit extra causam armatæ, aut togatæ militiæ, sive prospera fortuna ei accesit, puta ex maternis maternive generis hæreditatibus, lucris nuptialibus, legatis, & hæreditatibus amicorum, *l. 6. C. de bon. quæ lib. & hoc text. in fin.* Illud totum patri secundùm antiquam observationem adhuc acquiritur; hujus in universum proprietas filio data est constitutione Justiniani, solo usufructu patri relicto; de quo mox fusius.

Alii filio vel extraneo donare) Consequens hoc omnino rationi antiqui juris. Nam cùm utriusque hujus peculii pleno jure pater dominus esset, licere utique etiam ei debuit pro arbitrio de utroque statuere, & quod labore Titii filii acquisitum esset, Mævio donare, vel in proprias rationes convertere. Hinc porro etiam est, quod patre mortuo peculium paganum omne, nisi legatum esset, fratribus conferendum erat, *l. certum. 13. C. fam. erc. l. filia. 12. C. de collat.* quod in adventitio mutavit Justinianus, *l. ult. C. d. tit.* convenienter priori suæ constitutioni, *l. cum oportet. 6. C. de bon. quæ lib. in potest.*

Generali constitutione emissa) Cùm olim bona omnia adventitia non minus, quàm profectitia pleno jure patris essent, Constantinus detraxit bona materna, quorum usumfructum tantùm patris, filio proprietatem tribuit. *l. 1. C. de bon. matern. l. 1. & l. 2. C. Theod. eod.* Gratianus, Valentinianus, & Theodosius idem statuerunt de bonis materni generis, id est, ex materna cognatione delatis, *l. 6. C. Theod. eod.* eosque secuti Arcadius & Honorius, *l. 2. C. d. tit. l. 7. C. Theod. eod.* Theodosius porro & Valentinianus, Leo & Anthemius, hoc etiam ad lucra nuptialia & sponsalitia produxerunt, *l. 1. l. 4. C. de bon. quæ lib.* Postremò Justinianus generali constitutione emissa, quacumque ex causa filio quid acquisitum esset, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejusdem juris esse voluit, *d. l. cum oportet. 6. C. eod. tit.*

Si quid ex re patris, hoc secundùm antiquam observationem) In profectitio peculio nihil Justinianus mutavit: sed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri secundùm observationem juris antiqui. Planè potest nihilominus aliquid commodi ex concessione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos sequitur, nisi nominatim ademptum sit, *l. donatione. 31. §. 2. de don.* & bonis patris publicatis, separatur & conservatur liberis, *l. 3. §. sed utrum. 4. in fin. de minor.* Ait, *ex re patris*, in *d. l. cum oportet. 6. ex substantia patris.* Quid igitur dicemus, si quid filio obvenerit, non quidem ex re aut substantia patris, sed patris occasione & contemplatione? DD. *hic & in d. l. cum oportet. 6.* id quoque peculii profectitii esse volunt, *arg. l. si serv. 21. cum l. seq. de usufr.* ubi quod servo fructuario relinquitur, aut donatur contemplatione fructuarii, id fructuario acquiri

ri dicitur tamquam ex re ejus quæsitum, *facit l. sed si plures. 10. §. in arrogato. 6. in fin. de vulg. & pup. subst.*

Usumfructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat) Dominium posuit pro nuda proprietate, uti & in *d. l. cum portet. 6.* Hæc autem proprietatis concesio non tribuit filio jus eam sine patris consensu alienandi, *l. ult. §. ipsum autem 5. C. eod.* Si ususfructus filio relictus sit, hic totus acquiretur patri; at eo mortuo redibit ad filium, *l. ult. C. de usuf.* Nonnumquam & plena proprietas filio acquiritur: quod Justinianus primò introduxit in hæreditate, quam filius renuente patre adiisset, *d. l. ult. §. 1.* postea etiam in pluribus casibus; in rebus ea lege filio datis, ne ususfructus ad patrem perveniret: in hæreditate fratris & sororis, ad quam una cum filio pater admittitur; item in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit sine causa, *auth. excipitur, & 2. seq. C. de bon. quæ lib.* VINN. Immo & alii sunt casus, quibus plena filio proprietas adquiritur veluti si pater dolosè versatus sit in bonis filio restituendis, *l. 50. ff. ad SC. Treb.* si princeps filiosfam. donarit, *l. 7. C. de bon. quæ lib.* HEIN.

4 Moribus nostris & Gallorum adventitia omnia, sicut castrensia & quasi, filii sibi non patri & in solidum acquiruntur: in profectitiis tantùm antiquum jus acquirendi per filium patri relictum est, Gudelin. *de jur. noviss. lib. 1. c. 14.* Chassan. *in consuet. Burgund. §. 1. tit. Des enfans de plusieurs lits ad vers. & fait les fruits.* Petr. Greg. *syntagm. 11. c. 8. n. 12.* Enim verò quod provenit ei ex quæstu, aut opera liberorum, quos parentes enutriunt, id pleno jure parentibus acquiritur, Grot. *1. manud. c. 6.* add. Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

TEXTUS.

De emancipatione liberorum.

2. *Hoc quoque à nobis dispositum est & in ea specie, ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere, (si voluerat,) licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod sui juris effectus esset, hoc per rerum deminutionem decresceret. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, sed ususfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.*

NOTÆ.

2. *Liberos suos*) Th. τὸν παῖδα. Cujac. Hotoman. Fabrot. *liberum suum*, numero singulari *ut inf. de serv. cogn. in pr. & l. 33. C. de inoffic. testam.* Aurel. Victor. *cap. 26. Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit.*

Anterioribus constitutionibus) Intelligit *l. 1. & 2. C. Th. de matern. bon.* quæ Constantini sunt, *l. 6. §. 3. C. de bon. quæ lib.*

Pro pretio emancipationis) Quasi remunerationis gratia, *d. l. 1. & 2. d. l. 6. §. 3.* pro præmio delatæ emancipationis, *l. 3. C. de bon. matern.* nam emancipatio beneficium est quærendorum bonorum, *l. 1. si à par. quis man.*

Quod honoris) Honorificum est filio, suæ potestatis & caput familiæ evadere.

COMMENTARIUS.

1 *Cur, cùm peculium profectitium, si pater id non ademerit, sequatur filium emancipatum, dimidia ususfructus adventitiorum, etiam expressè non reservata patrem?*

EMancipando liberos suos) Cujac. Hotoman. Vvesemb. *liberum suum*, numero singulari: quomodo etiam loquitur Justinianus, *leg. si quis. 33. C. de inoffic. testam. & inf. de serv. cogn. in pr.* legitur, *liberum vel liberos.* Veteres autem semper in numero multitudinis ea voce usi sunt, & unum etiam filium filiamve liberos appellarunt, teste Gell. *lib. 2. cap. 13.* quod & Cajus confirmat, *l. non est. 148. de verb. signif.* ubi scribit, non esse sine liberis, cui vel unus filius filiave est. Hæc enim, inquit, enunciatio, *habet liberos, non habet liberos*, semper plurativo numero profertur, sicut & pugillares & codicilli. Glossa Græc. Lat. τέκνα, *liberi, pluraliter, tantum declinatur.* Quod autem Valla, *lib. 3. elegant. 8.* scribit, liberum pro filio se & apud Paulum & apud Cajum reperire, existimo esse μνημονικὸν ἁμάρτημα, eumque Paulum & Cajum dixisse pro Modestino, & Ulpiano. Nam apud Modestinum *l. jus agnationis. 34. de pact.* legit, *nolle suum liberum esse*, ut vulgatæ editiones habent; sed Florentina nos docuit legendum, *nolle suum esse.* Apud Ulpianum, *l. nemo. 126. §. 1. de regul. jur. qui liberum acquisierit.* Sed & hic in Florentino Codice est, *qui libertum acquisierit*, quomodo procul dubio legendum.

Meminit Valla etiam Quintiliani, sed nec locum, nec verba citat. VINN. Immo locus, ad quem respicit Valla est apud Quintil. in *Declam. II.* Conf. VV. C. Muncker. *ad* Hygin. *Fab. 9.* & Ducker *de Latin. ver. JCt. p. 585.* HEIN.

Ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant.) Id est, in iis bonis adventitiis, quorum proprietas filio non patri acquirebatur ex Græcorum Imp. constitutionibus: quo in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia, & sponsalitia lucra, ut notatum §. *præc.* Cave igitur intelligas peculia castrensia, aut quasi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuisse ipse Justinianus apertè testatur, *d. l. cum oportet. 6. §. cum autem. 3. C. de bon. quæ lib.* unde hic §. descriptus.

Quasi pro pretio emancipationis) Constantinus *l. 1. & l. 2. C. Theod. de bonis matern.* censuit, æquum esse, ut filius patrem emancipatorem remuneraret, offerretque patri tertiam partem bonorum maternorum, quorum proprietatem liberis in potestate manentibus concesserat, aut ut jus esset patri tanta horum bonorum partem sibi retinere; idque pro honore & beneficio emancipationis in filium collato: quippe quo filius consequitur, & ut sui juris ac caput ipse familiæ esse incipiat, quod ei honorificum est; & ut pleno jure deinceps omnia possideat, sibique acquirat, quod lucrosum. Et hoc est, quod Justinianus hic significat his verbis, *quasi pro pretio emancipationis*: quod in constitutione sua sic expressit, *quasi remunerationis gratia, d. leg. cum oportet. §. 3.* Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent *l. 3. C. de bon. matern.*

Pro tertia parte dominii, dimidiam usufructus) Justiniano duriusculum visum fuit, liberos
1 specie honoris tam gravem jacturam rerum suarum pati, ut tertiam earum partem parens manumissor auferret, sibique pleno jure haberet. Neque tamen æquum putavit, nihil omnino remunerationis invicem accepti beneficii liberos rependere. Qua de causa ipse sic statuit, ut pater pro tertia parte, quam ex prioribus constitutionibus de bonis filii maternis & lucris nuptialibus pleno & perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non dominii, sed usufructus consequeretur, idque locum haberet in cæteris quoque adventitiis, postquam hujus generis bona omnia ejusdem juris esse voluit. Ita factum, ut nec liberi quicquam de dominio rerum suarum amitterent, nec causam conquerendi haberent parentes, concesso iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem ita obtinere Justinianus censuit, etiamsi pater in emancipatione sibi hoc præmium non expressè reservavit, *d. l. cum oportet. 6. §. cum autem. 3.* cùm tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris est, filium emancipatum sequatur tamquam à patre tacitè donatum, si pater id non ademerit, *l. donationes. 31. §. 2. de donat. arg. leg. si Sticho. 53. de pecul. l. unic. C. de pecul. ejus, qui lib. mer. §. si peculium. 20. infr. de legat.* Differentiæ rationem hanc affert Joan. Faber, quòd præmium emancipationis est ex provisione legis, quæ patri prospexerit in peculio, cujus ille adimendi potestatem non habebat; in peculio autem profectitio nihil opus fuit provisione legis: quandoquidem ipse pater pro arbitrio suo de eo statuere possit, & qui hoc ipso, quod non adimit, concedere ita tacitè intelligatur. Cui addit D. Bachovius, quod peculii profectitii naturalis possessio penes filium est, adventitii penes patrem, utpote usufructuarium: itaque illud, si ademptum non sit, quasi ultro à patre relictum & filio concessum intelligi: in hoc autem, quod pater ipse detinet, atque apud se habet, jus suum sibi servare velle, beneficioque uti, nisi inter emancipandum juri suo renunciaverit, vel donatione facta, hoc ab sese in liberos transtulerit, *d. l. cum oportet. 6. §. cum autem. 3.*

TEXTUS.

De servis nostris.

3. *Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditone nanciscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia caussa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu hæreditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hæreditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi hæredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solùm autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio, vel longi temporis possessio vobis accidit.*

NOTÆ.

3. *Et convenienter*) Nempe regulæ initio positæ, quod per servos nobis ex qualibet causa acquiritur etiam ignorantibus & invitis. Nam & hoc in legato obtinet: quippe quod lu-

lucrum tantùm continet, non etiam damnum, ut hæreditas, *l.* 32. *D. mandat.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur per servos nobis acquiratur & ignorantibus & invitis?*
2 *Cur hinc excepta hæreditas?*
3 *An possessio per servum domino ignoranti acquiratur quacumque ex causa?*

DIctum hactenus est, quatenus per liberos nostros acquirimus: sequitur de acquisitione per servos, in qua jus vetus per omnia servatur traditum à Cajo, *l.* 10. *§.* 1. *& deinceps de acquir. rer. dom.* Et huc translatum, id tale est, ut quicquid servus acquirit, sive ex causa peculii, (quod in persona servi unius generis est, nempe quod permissu domini separatum à rationibus dominicis habet, *l.* 5. *§. ult. de pecul.*) sive extra eam quacumque ex alia causa, id totum acquirat domino.

Sive quid stipulentur) Subobscurè hoc dictum videtur pro, *sive quid ab se stipulatum per traditionem nanciscantur.* Nam etsi verum est, servos nostros stipulantes nobis obligationem ex stipulatione acquirere, *infr. per quas per. obl. acq. §.* 1. *infr. de stip. serv.* sub hoc tamen titulo non quæritur, per quas personas nobis obligatio acquiratur, sed dominium, sive proprietas, & possessio.

Ignorantibus & invitis) *L. tiam invitis.* 32. *de acq. rerum domin. l. quemadmodum.* 46. *de jur.*
1 *dot.* Hujus autem necessariæ acquisitionis non alia ratio quærenda, quàm quæ hìc & apud Cajum *d. loc.* relata est: nimirum, quia ipse servus, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest. Fit ergo hæc acquisitio ipso jure, ratione scilicet potestatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res subsistere possit in persona ejus, qui in potestate est, & per quem acquiritur; sed protinus & necessario acquiratur ei, qui in potestate habet, domino vel patri, (nam & filiusfam. qua talis huc pertinet, *l. placet.* 79. *de acq. hær.*) quorum etiam vicem in acquirendo servus ac filiusfam. sustinent, & quibuscum hactenus una persona esse finguntur. Non obstat, quod dicitur, nolenti & invito beneficium non acquiri, *l. hoc jure.* 19. *§.* 2. *de dona. l. invito.* 69. *de reg. jur.* Non enim beneficii, sed juris ratio facit, ut sic domino per servum acquiratur. Quòd si dominus id, quod sibi ita quæsitum est, habere nolit, licet ei id repudiare aut abjicere. D. Tuningius, ut hanc objectionem effugiat, duos quasi gradus in hac acquisitione considerat, unum in persona acquirentis, in qua acquisitionis initium; alterum in persona nostra, in qua progressus quidam numeretur. Ad initium quod attinet, ait, invitis nobis acquiri; quod progressum atque absolutionem, non nisi volentibus. Sed non est necesse, ut eò confugiamus, & fit hæc acquisitio in momento, *d. l. placet.* 79. *de acq. hær.* frustraque alias exciperetur hæreditas

Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro 2
jussu) Exceptio proximò præcedentis regulæ. Hæreditas quidem & ipsa per servos nostros hæredes institutos nobis acquiritur; cæterum non eodem modo, quo ex cæteris causis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis acquiratur, sed volentibus dumtaxat & jubentibus eos hæreditatem adire. Quòd si jussu nostro non expectato adierint, nihil agunt, *l. si quis.* 25. *§. jussum.* 4. *de acq. hær.* Hoc autem cur ita placuerit, minimè obscurum est, ne scilicet in potestate servi esset domini conditionem deteriorem facere, ignorantem eum obligando æri alieno hæreditario, quod sæpe excedit vires patrimonii defuncti, *l.* 6. *d. tit.* Illud enim motum est, eum, qui hæres efficitur, non tantùm acquirere, sed etiam obligari, & implicari oneribus hæreditariis.

Et convenienter vobis legatum) Convenienter non ei, quod proximè præcedit de acquisitione hæreditatis, quæ hoc proprium habere dicta est, ut non acquiratur per servum sine jussu domini; sed regulæ initio positæ. Quod per servos nobis acquiritur ex omnibus causis. Si ex causis omnibus, igitur & ex causa legati. Et hac verò causa procul dubio etiam ignoranti & invito domino per servum acquiretur sicut ex cæteris, excepta hæreditate, *l. etiam invitis.* 32. *de acq. rer. dom.* Nam ratio exceptionis, quæ in hæreditate est, cessat in legato, quod purùm semper & liquidum lucrum affert, *l. si hæreditatem.* 32. *mandat.* Planè jejuna quædam hic repetitio est de legato, quippe cujus jam in *pr. hujus. §.* mentio facta: sed Tribonianus hunc locum ex Cajo *d. l.* 10. *§.* 1. *de acq. rer. dom.* describens, incautè initium illius §. interpolavit: nam Cajus legati non meminit nisi semel, & demum in calce *d. §.* 1.

Non solùm proprietas, sed etiam possessio) An possessio per servum nobis acquiratur, causa est, cur dubites. Hæc enim res non juris, sed facti est, *l.* 1. *§.* 3. *&* 4. *de acq. poss. l. denique.* 19. *ex quib. ca. maj.* ea autem quæ facti sunt, non transeunt ad dominum, sed in persona ipsius servi consistunt, *l. qui hæredi* 44. *de cond. & dem. §.* 2. *in inf. de stip. serv.* ut proinde

 di-

dicendum videatur, etiam possessionem in persona servi subsistere debere, nec domino per servum eam acquiri. Verùm possessio non corporis tantùm & facti est, sed etiam juris, teste Papin. in *l. possessio. 49. §. 1. de acq. poss.* aut potius, ut idem Papin. in *pr. d. l.* hoc exprimit, ita facti est possessio, ut cùm de ea acquirenda, retinenda, aut transferenda agitur; plurimum ex jure mutuetur: inter quæ hoc etiam est, ut per eos nobis acquiratur possessio, per quos res cæteræ, utique si nostro
3 nomine possessionem apprehendant. Cùm autem generaliter & simpliciter tum hic, tum apud Cajum, *d. l. 10. §. 2. de acq. rer. dom.* scriptum sit, non solùm proprietatem, sed etiam possessionem nobis per servos acquiri, & cujuscumque rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videri; apud Ulp. *l. si me 34. §. ult. de acq. poss.* hoc etiam amplius, servum meum ignoranti mihi possessionem acquirere: hinc Glossa & comm.DD. crediderunt, æquè per servum quacumque ex causa possessionem domino etiam ignoranti acquiri, ac res cæteras, excepta hæreditate. Sed verior est eorum sententia, qui in acquirenda per servum possessione putant, causam peculiarem ab aliis separandam, ut si quidem ex causa peculiari possessionem nactus sit, ea etiam ignoranti domino acquiratur; si extra causam peculii, non nisi scienti: quæ distinctio apertè proponitur, *l. 1. §. item acquirimus. 5. l. 3. §. cæterum. 12. l. quod servus. 24. l. peregre. 44. §. 1. de acq. poss.* Sed & ratio diversitatis iisdem locis perspicuè indicatur: nimirum cùm ea possessionis conditio sit, ut non nisi animo & corpore acquiri possit, *l. 3. pr.* & licèt corpore alieno, animo tamen non nisi nostro nobisque volentibus, *d. l. §. cæterum 12. l. ea quæ. 53. de acq. rer. dom.* Hunc animum nostrum in earum quidem rerum possessione, quas servi ex causa peculiari adipiscuntur, quodammodo & in genere saltem concurrere, eosque quasi voluntate nostra intelligi possidere; eo quod peculium eos habere permisimus; in rebus autem non peculiaribus nullam omnino voluntatem domini acquisitionem antecedere, ac propterea ad possessionem in his causa acquirendam specialem domini voluntatem certamve scientiam necessariam esse, *d. l. peregre. 44. §. 1.* Sic igitur temperandum erit, sicubi simpliciter, quemadmodum hic, scriptum legamus, per servos nobis acquiri possessionem, aut acquiri nobis ignorantibus, ut in *d. l. 34. ult. eod.*

Unde etiam per eos usucapio) Cajus *d. l. 10. §. 2.* hoc sic expressit; *unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur.* In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis possessio acquiritur, ita receptum est, ut etiam ignorantes ex eadem causa usucapiamus: cùm alioqui possessio ignorantibus nobis quæsita veluti per procuratorem ad usucapionem non prosit, nisi postquam scientia nostra intervenerit, *l. si emptam. 47. de usuc. l. 1. C. de acq. pos.* quod pleniùs explicabimus *sub §. pen. hujus tit.*

TEXTUS.

De fructuariis & bona fide possessis.

4. *De iis autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit, ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod verò extra eas causas consecuti sint, id dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur.*

NOTÆ.

De iis servis) Ex *l. 10. §. 3. de acq. rer. dom. l. 21. de usufr.*

Ex operis suis) Puta si sutor sit, aut pictor, aut faber, & pro opera hujusmodi mercedem acceperit, *l. 26. de usufr.* Quid si ex superioribus causis, nominatim domino proprietatis stipuletur, aut nomine ejus rem accipiat? acquirit domino proprietatis, *leg. 25. §. 3. d. t. l. 37. §. pen. de acq. rer. dom.* Cæterum placet, fructuarium condicere id posse, *l. pen. de stip. serv.*

Hæres institutus, &c.) *D. l. 10. §. 3. l. 47. l. 49. de acq. rer. dom. l. 25. pr. de acquir. hæred.* Excipe, nisi quid horum factum contemplatione fructuarii, *l. 22. & seq. de usuf.* quo casu servus ex re fructuarii, non opera sua fructuario acquirere intelligitur, *l. 45. d. t.* ne objici possit, quòd aditio hæreditatis non sit in opera servili, *d. l. 45. in pr.*

COMMENTARIUS.

1 *Cui acquirat servus fructuarius si dicat, se domino proprietatis accipere ex re fructuarii?*
2 *Aditionem hæreditatis non esse in opera servili, & quare.*
3 *Servum contemplatione fructuarii hæredem institutum fructuario hæreditatem acquirere, & jussu ejus, non domini adire.*

QUæ de quærendo per servos dominio aut possessione dicta sunt §. *præc.* ea locum habent, cùm quis plenam in servo proprie-

prietatem habet. Quòd si apud alium ususfructus servi sit, apud alium nuda tantùm proprietas, hic ex duabus causis usufructuario per hunc servum acquiritur, ex re scilicet fructuarii, & servi operis; ex cæteris causis proprietario. Itemque juris servatur in eo; qui bona fide servit, ut ex iisdem causis acquirat bonæ fidei possessori, ex cæteris aut sibi, si liber est, aut domino, si servus: de quibus nunc porro sequitur.

Ex re vestra vel ex operis suis) L. 10. §. 3. *de acq. rer. dom. l. si servi.* 21. *de usuf.* Ex re fructuarii, veluti si servus, cùm fructuarius eum dispensatorem fecisset, rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit, &c. Hic enim res empta, merces locationis, usuræ, pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l. 1. C. de rei vind. l. servus.* 43. §. *ult. de acq. rer. dom.* Ex operis servi, verbi gratia, si sutor sit, aut pictor, aut faber, atque ex hujusmodi aut simili opera alii præstita aliquid paravit, mercedem scilicet operæ, *l. si operas.* 26. *de usufr.*
1 Sed quid, si dicat, servus, se domino proprietatis accipere, quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc casu totum domino proprietatis acquiret. Nam & nominatim stipulando domino proprietatis ex re fructuarii aut operis suis eidem acquireret, *l. per servum.* 37. §. *pen. de acq. rer. dom. l. sed etsi.* 25. §. *quæstionis.* 3. *de usuf.* Et facit hoc quidem ratio summi juris: cæterum quod ita domino proprietatis quæsitum est, placuit fructuarium condicere posse, *l. pen. de stip. ser.* Cur verò tantùm ex duabus istis causis placeat acquiri fructuario, ratio hæc est, quòd quæ ex istis causis acquiruntur, fructum vicem obtinent, cæteræ in fructu non sunt.

Extra eas causas) Extra superiores causas habetur, quod servus fructuarius ex re pecuniave alterius consecutus est, puta ex peculio, quod à proprietario habet, aut si quid servo donatum legatumve sit, aut si hæres sit institutus. Idcirco placet, nihil horum per servum fructuario acquiri, sed omnia hæc acquiri domino proprietatis, *d. l.* 10. §. 3. *l. servus.* 43. *leg. fructuario.* 47. *l. quòd fructuarius.* 49. *de acquir. rer. domin. l. si quis.* 25. *de acq. hær.* De hæreditate a quibusdam olim dubitatum est, propterea quod in aditione factum servi interveniat, *l. liber.* 19. *de acq. rer. dom.* & sine hujusmodi facto servi nec domino hæreditas acquiri possit, *l. 3. C. de hær. instit.*
1 Sed obtinuit, aditionem hæreditatis non esse in opera servili, *l. aditio.* 45. *de acq. hær. d. l. fructuario.* 47. *de acq. rer. dom.* & rectè. Nam aditio factum quidem est, sed opera non est: quippe cùm opera non sit sine labore, qui in aditione nullus est. VINN. Posset & eadem reddi ratio, quam reddit Ulpianus, docens, partum ancillæ non esse in fructu, *l.* 27. *pr. ff. de hær. petit.* Quemadmodum enim ancillæ non ideo parantur, ut pariat; ita nec finis primarius est eorum, qui servos sibi comparant, ut hæreditates nobis adquirant. Usufructuarius autem capit tantùm fructus ordinarios quoscumque. HEIN.

Si hæres institutus, legatumve quid ei, &c) Hoc etiam generaliter sic traditum est, *l.* 10. *l.* 47. *l.* 49. *de acq. rer. dom. l.* 25. *de acq. hær.* Alibi tamen hæc extat exceptio, nisi servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatū fuerit contemplatione fructuarii: quod enim ita relictum datumve servo fructuario est, id per eum fructuario acquiri, non proprietario, *l. si servi.* 21. *& l. seq. de usuf.* Eademque distinctio probata est in specie non dissimili, *l. facta.* 63. §. *si hæres.* 4. *ad sen. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide possessi: cujus in hac causa & servi fructuarii eadem ratio, *l. aditio.* 45. §. *ult. de acq. hær.* Neque tam exceptio hæc est quàm interpretatio & declaratio quædam superioris regulæ, quæ definit, nihil per servum fructuarium fructuario acquiri præterquam ex re fructuarii, aut ex servi operis. Docet nimirum ista distinctio, quod contemplatione fructuarii datum aut relictum est, extra illas duas causas non acquiri; quamvis enim hoc fructuario non acquiratur ex servi opera, intelligi tamen acquiri ex re fructuarii, cui qui donavit aut reliquit rem quæsitam voluit, *d. l. aditio.* 45. §. *ult. de acq. hær.* Ex quo etiam perspicuum est, falli Glossam, Jo. Fab. Cantiunc. *hic.* Bart. *in d. l.* 25. *de acq. hær.* & quotquot sunt, qui scribunt,
servum fructuarium, ut maximè contemplatione fructuarii hæres institutus sit, non posse 3
hæreditatem jussu fructuarii adire, eamque per aditionem directo acquirere fructuario, sed adeundam esse jussu proprietarii, cui etiam stricta ratione hæreditas acquiratur, sed restituenda fructuario conditione sine causa, ut in casu *l. pen. de stip. serv.* Fefellit eos, quòd putaverunt, prius est, ut aditio hæreditatis contra expressi juris auctoritatem statuatur esse species operæ servilis, quàm in casu proposito dici possit, servum jussu fructuarii adeuntem hæreditatem fructuario acquirere. Quod non ita est: neque enim ex causa operæ servilis hæc acquisitio defenditur, sed ex capite altero, quia scilicet hoc casu servus ex re fructuarii acquirere intelligitur; ex qua cau-

sa

ſa vel maximè fructuatio acquiri conſtat, *dict. leg. aditio. 45. §. ult. de acq. hæred.* Ubi ex hoc eodem fundamento Juriſconſultus defendit, liberum hominem bona fide à me poſſeſſum, & mei contemplatione hæredem inſtitutum meo juſſu adire, & mihi acquirere hæreditatem poſſe. Bonæ fidei autem poſſeſſoris & fructuarii eadem planè in his quæſtionibus ratio eſt, ut mox docebitur: cenſent Jaſ. *in d. l. 25. de acq. hær.* Mynſ. Bach. *hîc.* Movere autem neminem debet, quòd quibuſdam locis generaliter definitur, ſervum fructuarium juſſu ejus, qui uſumfructum in eo habet, adire hæreditatem non poſſe, ut *d. l. 25. in pr. & d. l. aditio. 45. §. pen.* Hujuſmodi enim loci accipiendi ſunt de ſervo ſimpliciter inſtituto, non contemplatione fructuarii: quo caſu ſi per ſervum fructuario acquireretur hæreditas, acquireretur extra ſuperiores duas cauſas: quod ratio juris non permittit. Sic cùm in hoc noſtro §. & *dict. l. 10. §. 3. de acq. rer. dom.* generaliter ſcriptum ſit, quod ſervo fructuario donatur, aut relinquitur, id acquiri proprietario; nemo tamen eſt qui negat, admittendum hîc eſſe illam ſive exceptionem, ſive interpretationem, niſi quod ſervo donatum relictumve ſit contemplatione fructuarii: quod alibi certo jure traditum eſt. Quod verò Paulus in *l. quod fructuar. 49. de acq. rer. dom.* ſcribit, quod extraneus ſervo fructuario donat, indiſtinctè ſoli proprietario acquiri: id non eò pertinet, ut excludat inſignem & receptam diſtinctionem inter id, quod contemplatione fructuarii, aut ſimpliciter ſervo donatum eſt; ſed eam, quam ipſe in pr. iſtius legis proponit in fructuario donante. Planè ex generali horum locorum definitione evidenter evincitur, errare eos qui contendunt, quod ſervo fructuario donatur, aut relinquitur, in dubio præſumendum donatum aut relictum contemplatione fructuarii: quod tamen tamquam certum tradit D. Dionyſ. Gothofred. *in annot. ad Schneid.*

TEXTUS.

5. Idem placet & de eo, qui à vobis bona fide poſſidetur, ſive is liber ſit, ſive alienus ſervus. Quod enim placuit de uſufructuario, idem placet & de bonæ fidei poſſeſſore. Itaque quod extra iſtas duas cauſas acquiritur, id vel ad ipſum pertinet, ſi liber eſt, vel ad dominum, ſi ſervus eſt. Sed bonæ fidei poſſeſſor, quum uſuceperit ſervum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus cauſis per eum ſibi acquirere poteſt. Fructuarius verò uſucapere non poteſt: primùm quia non poſſidet, ſed habet jus utendi fruendi: deinde quia ſcit, ſervum alienum eſſe. Non ſolùm autem proprietas per eos ſervos, in quibus uſumfructum habetis, vel quos bona fide poſſidetis: aut per liberam perſonam, quæ bona fide vobis ſervit, vobis acquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Loquimur autem in utriuſque perſona ſecundùm diſtinctionem, quam proximè expoſuimus, id eſt, ſi quam poſſeſſionem ex re veſtra, vel ex ſuis operis adepti fuerint,

COMMENTARIUS.

1 *An bonæ fidei poſſeſſor, quod ex operis ſervi paratum extat, domino ſervum vidicanti reſtituere tenetur?*

2 *Verumne ſit ſimpliciter, quod Juſtinianus ait, fructuarium non poſſidere?*

De iis, quos bona fide poſſidemus, idem jus eſt quod de ſervis fructuariis, ut ſcilicet qui bona fide alicui ſervit, ſive ſervus alienus eſt, ſive homo liber, quicquid ex re ejus, cui ſervit, acquirit, quid item ex operis ſuis, id acquirat ei, cui ſervit, & à quo bona fide poſſidetur, *d. l. 10. §. idem placet. 4. l. liber. 19. de acq. rer. domin.* Hactenus tamen, quatenus poſſeſſor bona fide poſſidebit, & quamdiu ita poſſidebit: nam ſi *ſcire cœperit*, eum, qui bona fide ſervit, hominem liberum, aut alienum ſervum eſſe, continuo per eum acquirere poſſe deſinit, *l. qui bona. 23. §. 1. l. quæſitum. 40. eod.* Quod extra duas iſtas cauſas acquiratur, placer vel ad ipſum, qui bona fide poſſidetur pertinere, ſi liber eſt, vel ad dominum, ſi ſervus eſt. Extra eas cauſas maximè eſt hæreditas, legatum, donatione, *d. l. liber. 19. l. homo. 54. eod.* Cæterum & in perſona ejus, qui bona fide poſſidetur, recipiendum temperamentum ſuperius, niſi quid donatum relictumve ſit contemplatione bonæ fidei poſſeſſoris, cui hoc caſu etiam iſta acquiri placet, *l. aditio. 45. §. ult. de acq. hær.*

Itaque quod extra iſtas duas cauſas) Quoniam, ut ſupra notavimus, iſtud in fructu non eſt: ea autem ſola, quæ in fructu ſunt bonæ fidei poſſeſſoris fiunt, uti & fructuarii: Quæri poteſt in perſona bonæ fidei poſſeſſori, (in fructuarium enim hujuſmodi quæſtio non cadit) an, quemadmodum is fructus ex fundo alieno perceptos & extantes adhuc vindicanti rem ſuam domino reſtituere tenetur: juxta ea quæ tradita & notata ſunt §. *ſiquis 35. ſup. de rer. div.* eodem modo etiam quod pecuniæ aut rei ex operis ſervi paratum extat apud eum, cui bona fide ſervit domino ſervum evincenti reſtituendum ſit? Quæſtionem pro-

po-

pono de rebus ex operis servi possessori quaesitis : vix enim dubitari potest, quin quod ex re possessoris quaesitum est, perpetuo atque irrevocabili jure possessoris efficiatur. At quae possessori parantur ex operis servilibus, ea cum fructibus fundi comparari passim videas, *l. qui scit.* 25. §. 1. *de usur. l. quaesitum.* 50. *in fin. de acq. rer. dom.* Existimo tamen, etiam haec bonae fidei possessori irrevocabiliter acquiri, eique cedere in compensationem alimentorum, aliarumque impensarum, quae necessario in servum fiunt, nec certo aestimari queunt. Neque obstat praedicta comparatio : nam ex ea minimè sequitur, eadem earum rerum & fructuum in omnibus rationem esse, & in *d. l. quaesitum.* 40. conferuntur haec cum fructibus consumptis, quos lucrari bonae fidei possessorem certum est.

Sed bona fidei possessor quum usuceperit) Bonae fidei possessor usucapione perfecta quacumque ex causa per servum acquirit : quia usucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide possessum non pertinet : quippe cujus nulla usucapio est.

Fructuarius usucapere non potest, &c.) Ait cum Cajo, *d. l.* 10. §. *ult. de acq. rer. dom.* usufructuarium usucapere non posse, idque duplici de causa, tum quia non possidet, tum propter malam fidem, quia scit, servum alienum esse. Horum autem vel alterutrum satis est ad impediendam usucapionem : utpote quae nec sine possessione, nec sine bona fide possessoris putantis rem suam esse, procedere potest, ut demonstratum *sup. tit. de usuc.* Et de scientia quidem fructuarii res certa est, neque enim ignorare potest, se earum rerum, quarum usumfructum habet, dominum non esse. Quin ipse alium dominium agnoscit, cùm se fructuarium profitetur. Quod verò simpliciter negatur possidere, non est sine omni scrupulo. Nam alibi contra dicitur possessor, & possidere, *l. uti frui.* 5. *in fin. pr.* & §. *ult. si usuf. pet.* & naturaliter possidere, *l. naturaliter* 12. *de acquir. poss.* Sed haec non sunt contraria : nam & colonus & commodatarius, & depositarius naturaliter dicuntur possidere, *l.* 2. §. 1. *pro haered. l.* 7. §. *neque colonus* 11. *com. div.* qui tamen alibi possidere absolutè negantur : ullamve habere possessionem, *l.* 9. *de rei vind. l. non solùm* 33. §. 1. *circa fin. de usuc. l.* 6. §. 2. *de precar.* §. *possidere* 5. *inf. de interd.* Nimirum nec hi, nec fructuarius verè possident, id est, non possident civiliter, ψυχῇ δεσπόζοντος, animo dominantis, sine qua possessione non procedit usucapio. Sed in possessione sunt nomine alieno, apud quem possessio remanet, & qui per illos possidere intelligitur, *d.* §. *possidere* 5. *inf. de interd. l. generaliter* 19. *l. quod meo.* 18. *in pr. de acq. poss. l.* 6. §. 2. *de precar.* Qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur : nec alia ratione dicitur, retentio ususfructus species esse traditionis, quàm quòd qui retinet usumfructum ; desinat sibi, & incipiat alii possidere. Itaque cùm hi naturaliter possidere, aut possidere simpliciter dicuntur, impropria locutio est, qua corporalis tantùm detentio significatur, *l. possessio* 49. *de acquir. poss. l.* 1. *C. com. de usuc.* Verum enim verò licèt fructuarius non possideat, tamen quia firmius jus habet insistendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, ea res efficit, ut interdicta ei possessoria accomodentur ; quae caeteris, qui in possessione sunt tantùm, denegantur, *l.* 3. §. *unde vi* 13. *de vi & de vi arm. l. ult. uti possid.* De quo pluribus agere hoc loco non licet.

Non solùm proprietas, sed etiam possessio) *L.* 1. §. *sed* & 6 §. *per eum.* 6. *l. possessio.* 49. *in pr. de acq. poss.* Nimirum quia etiam possessionem pleno dominio servus acquirit ex omni causa, §. 3. *sup. eod.* Ita vero jus est, ut quaecumque per servum quacumque ex ex causa acquiruntur ei, qui plenum in eo jus habet, eadem placeat acquiri fructuario per servum fructuarium : & bonae fidei possessori per eos, quos bona fide possidet ex re illorum aut horum operis. Nihil ad rem pertinet, quòd fructuarius servum non possidet : nam nec pater filium, *d. l.* 1. §. *per eum.* 8. *de acq. poss.* Sed nec procurator à nobis possidetur, nec tutor curatorve, per quos tamen possessionem nobis acquiri posse constat, *d. l.* 1. §. *per procuratorem.* 20. Haec & quae praecedentibus §§. tradita, quamvis apud nos usum non habent, qui servos non habemus, tamen diligentius exposui, quia in multis partibus non parum conducunt ad cognitionem juris civilis Romanorum.

TEXTUS.

De reliquis personis.

6. *Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis : item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri pos-*

possessionem, secundùm divi Severi constitutionem, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit; vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

NOTÆ.

6. *Sed & ignorantibus*) *L.* 13. *de acquir. rer. dom. l.* 34. §. 1. *leg.* 49. §. *ult. de acq. poss. l.* 1. *C. eod.* Utique tamen volentibus, ut ut ignoremus, quo tempore ex voluntate nostra possessio apprehendatur.

Per possessionem etiam dominium) Si tradita ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l.* 13. *l.* 20. §. *ult. de acq. rer. dom. l.* 8. *C. de acq. poss.*

Vel Usucapionem) Id est, usucapiendi occasionem, conditionem. Hoc interest, quòd dominium etiam ignoranti mihi per procuratorem, cui nomine meo res tradita est, acquiratur: re autem à non domino tradita usucapiendi facultas demum acquiratur, ex quo scire cœpi rem traditam esse, *l.* 47. *de usuc. l.* 1. *C. de acq. poss.* Nam usucapio bonam fidem possidentis requirit, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

COMMENTARIUS.

1 *Cur placeat, possessionem per extraneam personam acquiri posse, jus aliquod non posse?*

2 *Per consequentiam quæsitæ possessionis necessariò etiam dominium nobis acquiri, aut usucapiendi conditionem: sed tunc demum, postquam scientia intervenit*, n. 3.

CONcludit ab enumeratione personarum, per quas acquiri huc usque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis acquiri posse. Sola causa excipitur possessionis. Personam extraneam vocat hominem liberum, qui neque juri nostro subjectus est, neque bona fide à nobis possidetur: tum servum alienum, in quo neque usumfructum habemus, neque justam possessionem. In summa, persona extranea in hoc argumento est, quæ vim instrumenti animati apud nos non obtinet.

Nihil acquiri posse) Neque dominium aliudve in re jus, neque obligationem, aut actionem, *l.* 1. *C. hoc. tit. l.* 11. *de obl. & act. l.* 3. *in pr. quod vi aut clam. l. quo tutela.* 73. *ult. de reg. jur. l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de ver. obl.* Cujus rei ratio est, quòd jus civile ita comparatum sit, ut sibi quisque quod sua intersit, negotium gerat, non alteri, *d. l.* 11. *de obl. & act. d. l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. obl.* At quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum acquirenda, & quid juris hodie hic obtineat, videbimus in §. 4. *inf. de inut. stipul.* VINN. At regulæ huic obstare videtur *l.* 15. *ff. constit. pecun.* ubi particula salutarem NON intrudere non dubitat Fr. Hotoman. *Observ. IV.* 12. Sed perperam: quum ibi exceptio à regula occurrat, puta, quando quis ministerium tantùm præbet. HEIN.

Excepto eo, quod per liberam personam placet acquiri possessionem) Excipit possessionem, quam placuit per quemlibet nobis acquiri, qui eam nostro nomine apprehenderit, id est, hoc animo, ut velit nostro nomine possidere, *d. l.* 1. *C. hoc. tit. l.* 1. *C. de acq. poss. l. solutum.* 11. §. *de pign. act. l. traditio.* 20. §. *ult. l. ea quæ.* 53. *de acq. rer. domin.* Qui locus etiam rationem suggerit, cur in possessione acquirenda singulariter hoc receptum sit, nimirum, quia possessio acquiritur actu naturali & corporali rei apprehensione; in quo facilius alteri operam navare & ministerium præstare possumus quàm in iis, quæ civiliter acquiruntur citra istiusmodi actum, puta stipulando aut contrahendo, relictumque agnoscendo. Et tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introductum videtur, *d. l.* 1. & *l.* 8. *C. de acq. poss. d. l. solutum.* 11. §. *pen. de pign. act.*

Veluti per procuratorem) Procuratorem intelligo cum Bart. in *leg. qui mihi.* 13. *de donat.* Jas. & Zas. *in l.* 1. §. *per procuratorem.* 20. *de acqu. poss.* non tantùm qui speciale mandatum habet; sed etiam cui universorum bonorum administratio permissa est. Etenim cùm procurator generalis & exigere possit, atque accipere, & emere, ac vendere, utique quatenus ratio administrationis hoc exposcit, §. *nihil autem.* 42. *sup. de rerum div. cum ibi notat.* hactenus non video, quid inter hunc & specialem procuratorem intersit. Planè extra causam administrationis ad acquirendam domino possessionem generale mandatum non sufficit; sed aut speciale requiritur, aut domini ratihabitio, *l. communis.* 24. §. 1. *de acq. poss.*

Non solùm scientibus, sed & ignorantibus) Etiam ignorantibus possessionem per procuratorem nobis acquiri multis locis apertissimè scriptum est, *l. si procurator.* 13. *de acq. rer. dom. l. si me.* 34. §. 1. *l. possessio.* 49. §. *ult. de acq. poss. l.* 1. *C. eod.* Cui non obstat quod dicitur in *l. ea quæ.* 53. *de acq. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis possessionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus posse acquiri possessionem, & non ac-

acquiri nisi volentibus. Ignorare possumus, quo tempore procurator noster possessionem apprehendat: quandocumque autem hoc fit, nostra fit voluntate, qui ut apprehenderet mandavimus.

Et per possessionem dominium) Ut possessio nobis per procuratorem acquiritur, sic & per possessionem dominium, si incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l.* 13. *l. traditio.* 20. §. *ult. de acq. rer. dom. l.* 8. *C. de acq. poss.* Etenim admisso eo, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, necessarium hoc consequens fuit, ut dominium quæreretur per possessionem prius quæsitam, si ea à rei domino transferendi dominii causa tradita esset. Fieri enim non potest, quin is, qui rem ex justa causa, hoc est, idonea ad transferendum dominium, traditam à domino possidere cœpit, dominus

2 ejus rei statim efficiatur. Cùm autem dicimus, possessionem & per hanc dominium per procuratorem nobis acquiri; non hoc intelligimus, acquiri hæc primùm procuratori, à quo deinde ad nos transeant: sed ministerio procuratoris recta nobis acquiri possessionem, & per consequentiam quæsitæ possessionis eo casu, quo diximus, etiam dominium. Ex quo apparet, ἄπιστον esse & alienum, quod DD. plerique hìc afferunt, ideo facilius dominium ministerio alieno quæri, quàm obligationem, quia jura personalia & obligationes magis inhærent ossibus hominum.

Vel Usucapionem) Id est, usucapiendi occasionem. Hoc enim perpetuum est, ut quo casu dominium statim acquiritur, si dominus sit, qui tradit dominii transferendi causa, eo casu acquiratur jus usucapionis, si dominus non sit. Prætermissa autem hoc loco à Triboniano est

3 insignis inter hos casus differentia. Nam si is, qui procuratori meo rem meo nomine tradidit, dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium acquiritur, *d. l.* 13. *de acq. rer. dom.* Si non fuit dominus, usucapiendi conditio mihi non quæritur, nisi postquam scientia mea intervenerit, *l.* 1. *C. de acq. poss. l. si emptam.* 47. *de usucap. l. possessio.* 49. §. *ult. de acq. poss.* Hoc ideo, quia eum, quem usucapere volumus, non sufficit possidere, nisi & possideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

Aut longi temporis præscriptionem) Potuerat hoc omitti. Nam postquam ex duobus his generibus acquirendi, quæ prius fuerant, usucapione & præscriptione longi temporis, unum Justinianus fecit, *l. un. C. de usuc. transform.* satis fuisset, alterutrius tantùm meminisse, aut usucapionis, aut præscriptionis.

TEXTUS.

Transitio.

7. *Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipso singulæ res vobis acquiruntur; item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo hæredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerit, ejus res omnes ad vos transeunt. At prius de hæreditatibus dispiciamus. Quarum duplex conditio est. Nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obveniunt; qua in re necessarium est, initium de testamentis ordinandis exponere.*

NOTÆ.

7. *Si cui hæredes,* &c.) Ex modis acquirendi per universitatem, qui plures olim fuerunt, v. Cont. 1. *disp.* 12. soli manserunt hi quatuor, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, *inf. tit.* 10. *lib.* 3. adrogatio, & libertatum conservandarum causa bonorum addictio, *tit.* 11. & 12. *de lib.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Verbis,* per universitatem, *non titulum acquirendi, sed rem quæ acquiritur significari.*
2 *Ex veteribus acquirendi per universitatem modis solos superesse quatuor; quos Justinianus commemorat.*
3 *Quid sit hæreditas?*
4 *Quibus modis deferatur?*
5 *Species acquisitionis per universitatem apud nos receptæ.*

EXpositis modis, quibus jure civili acquiruntur res singulæ, transit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur universæ, sive quibus acquirimus per universitatem. Non minus autem hic spectandi modi ipsi & causæ acquirendi, quàm universitas acquisitionis. Nam & legari & donari bonorum universitas potest, *l. non amplius.* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l. si unquam.* 8. *C. de revocat. donat.* potest & vendi, *tot. tit. de hæred. vend.* Sed ti-

tituli hi nihilominus natura ſua ſingulares ſunt, hoc eſt, comparati dumtaxat ad acquirendum res ſingulas: & ideo nec idem jus in univerſum acquirendi tribuunt, quod verbi cauſa hæreditas, idque cernitur in actionibus directis tam activis, quàm paſsivis. Modi ipſi acquirendi ſoli univerſales ſunt natura ſua, ad quos nunc ſe Princeps confert.

Legatorum jus, item fideicomm. opportunius inferiore loco) Occupat, & tacitè removet, quod objici poterat de perturbatione ordinis, quòd ſcilicet in diſputatione de acquiſitione juris civilis rerum ſingularum non omnes acquirendi modos, qui eò pertinent, exequatur, quod lex methodi videbatur exigere: ſed parte eorum prætermiſſa, ad aliud genus intempeſtivè tranſeat: nam legata & fideicommiſſa non minus ad prius iſtud genus acquiſitionis pertinere, quàm uſucapionem & donationem. Id ergo ſe non ignorare ſignificat, & conſulto tractationem de legatis & fideicommiſsis in alium locum rejeciſſe, eumque, qui longè ſit opportunior: nam originem eorum, cauſam communem, & exitum flagitare omnino, ut de iis demum tractetur cognito jure teſtamentorum, *infr. de legat. in pr.*

Per univerſitatem) Hoc eſt, quibus univerſum & una acquiſitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus univerſum alterius, non ſeparatim res ſingulas. Ita enim paulo poſt. *Si cui ergo hæredes facti ſitis, &c. ejus res omnes ad vos tranſeat*, & Cajus *lib. 2.*
1 *tit. 2. in pr. Per univerſitatem*, ait, *hoc eſt, ſimul omnia bona acquirimus hæreditate*, fac *l. hæreditas. 62. de reg. jur. l. nihil aliud. 24. de verb. ſign. l. 3. §. 2. de bon. poſſ.* D. Vultejus putat, his verbis, *per univerſitatem*, titulum acquiſitionis ſignificari, non res acquirendas: ſed oppido quàm ineptè. Quis enim unquam fando audivit, titulo tribui univerſitatem, aut titulorum quoſdam dici univerſos? Multorum iſta collectionem arguunt. Quæ affectio cùm tantùm rerum propria ſit, nec tamen omnium, hinc eſt, quòd res quædam dicuntur ſingulæ, quædam univerſæ, & rerum ſive bonorum quædam univerſitas, non tituli. Cæterum quemadmodum actiones, quibus bonorum univerſitatem petimus, ex objecto appellamus univerſales, qualis eſt petitio hæreditatis; quibus res ſingulas, qualis eſt rei vindicatio, ſingulares, aut ſpeciales, *l. 1. l. in ſpeciali. 73. de rei vind. l. 1. ut reſponſum. 15. Cod. de tranſact.* ita & titulos, qui pertinent ad acquirendum per univerſitatem, id eſt, res alicujus univerſas, univerſales; qui ad res ſingulas, ſingulares dicimus. In ſumma univerſitas non eſt cauſa ſive titulus, neque etiam modus acquirendi, ſed illud ipſum quod acquiritur, veluti hæreditas, quam ſibi delatam acquiri hæres adeundo, *§. ult. inf. de hær. qual.*

Si cui ergo hæredes facti, &c.) Olim modi, quibus per univerſitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Ant. Contius *lib. 1. diſp. c. 12.* Ex quibus antiquati, ſucceſsio per bonorum debitoris venditionem, & ea, quæ fiebat per redactionem liberæ mulieris in ſervitutem ex Senatuſconſulto Claudiano, *inf. tit. de ſucc. ſublat. quæ fieb. per bon. vend. & ex Senatuſconſul. Claud.* Item in manum conventio, ſeu coemptio, quæ itidem ſpecies erat ſucceſsionis per univerſitatem. Nam olim cùm mulier viro in manum conveniſſet, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant dotis nomine, teſte M. Tullio in *Topic. cap. 4.* in quem locum de ritu coemptionis vid. Boet. Soli manſerunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantùm facit Juſtinianus, ſuſceptio hæreditatis, bonorum poſſeſsionis agnitio, adrogatio, libertatum conſervandarum cauſa bonorum addictio. Adnumeratur tamen his & ſucceſsio fiſci, bonorum damnatorum, vel eorum, qui ſine hærede moriuntur, occupantis, *arg. l. deportatus. 15. de interd. & rel. l. 1. & paſsim. de jur. fiſc.* item ingreſſus monaſterii. Nam Juſtin. *Nov. 5. c. 5.* unde *auth. ingreſsi. C. de ſacroſ. Eccl.* conſtituit, ut univerſa bona religionem ingreſsi acquirantur monaſterio, extra quam ſi liberos habeat, inter quos ſubſtantiam ſuam dividere non prohibetur, una ſaltem parte ſibi retenta, in quam monaſterium ſuccedat. Cæterum neque fiſci, neque monaſterii ſucceſsio ſimpliciter univerſalis eſt, qualis eſt hæredis, bonorum poſſeſſoris, &c. ut onera quoque agnoſcere cogantur: licèt enim teneantur reſpondere creditoribus, damnum tamen nullum ſentiunt, ſi bona non ſufficiant, Nicol. Burg. *ad conſuet. Flandr. tract. 13. nu. 10.* Ex quatuor autem modis per univerſitatem ſuccedendi hic propoſitus unus eſt, per quem ſucceditur viventi, ſcilicet adrogatio: per cæteros ſucceditur defuncto.

Prius de hæreditatibus) In hoc explicando pars reliqua hujus libri & novem priores tituli ſequentis conſumuntur, niſi quòd tractatio de legatis & fideicommiſsis inſeritur propter argumenti conjunctionem. Hæreditas propriè nihil aliud eſt, quàm vniverſum illud jus, quod defuncto vel in defunctum tempore mortis ejus competebat. Hinc illa apud noſtros hæreditatis appellatio univerſitatem quandam ac jus ſucceſsionis demonſtrat, *l. bonorum.*

108. *de verb. sig.* Juris nomen est, & ideo damnosam quoque hæreditatem continet, *l. hæreditatis.* 119. *l. pecuniæ.* 178. §. 1. *eod.* Item hæreditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l. hæreditas.* 50. *de hær. pet.* Atque ut ostendant, eum hæredem dici, qui succedit in universum demortui jus, suscipitque ejus rei commodum & incommodum, ideo hæreditatem definiunt, esse successionem in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil.* 24. *de verb. sign. l. hæreditas.* 62. *de reg. jur.* Propriè enim successio & succedere hæredis est, non hæreditatis: hæreditas verò illud jus, quod per successionem hæredi acquiritur, *tot. tit. de acq. hær.* Atque ita ergo definitionem istam explicare soleo, facem prælucente Ulpiano in *l.* 3. *in pr. de bon. poss.* Diligentius hæc excussi *sup. tit. de reb. corp. & incorp.*

Vel ex testamento, vel ab intestato) Acquisitio hæreditatis duabus hisce rebus constat, delatione, & delatæ susceptione. Ex delatione est jus & titulus acquirendi, in susceptione modus. Et ideo non ante acquiri hæreditas potest, quam cùm delata est, *l. si quis.* 12. §. 2. *de acq. hær.* & retro delata esse intelligitur, quam quis potest adeundo consequi, *l. delata.* 151. *de verb. sign.* Defertur autem hæreditas aut testamento, aut lege ab intestato, *l.* 1. & 2. *seqq. de hær. pet.* unde hæredes alii testamentarii, alii legitimi: item hæreditas testamentaria, & legitima, *l. in plurium.* 70. *de acquir. hær. l.* 6. §. 2. *quæ in fraud. cred.* Sciendum autem est, primùm agi hic de delatione hæreditatis directa: nam indirecto, hoc est, per fideicommissum, non testamento tantùm, sed etiam codicillis relinqui hæreditas potest; nec solùm testamento facto, verùm etiam ab intestato: & is, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, ex Senatusconsulto Trebelliano hæredis loco habetur, de quo demùm *tit. de fideic. hær.* qui est antepenultimus hujus libri. Deinde agi de hæreditate, quæ defertur & acquiritur jure civili: cæteroquin jure prætorio & bonorum possessor effectu hæres est, & bonorum possessio, quæ hic ab hæreditate separatur, vi ipsa nihil aliud, quàm hæreditas *l.* 1. 2. 3. *de bon. pos. l. hæreditatis.* 138. *de verb. sign.* Tantùm in tempore & modo acquirendi nonnulla dissimilitudo, ut videbimus suo loco *inf. de bon. pos.*.

Quæ ex testamento obveniunt) Ordinarium fuit ante de judiciis testantium, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulp. *l.* 1. *si tab. test. nul. ext.* nimirum quia prior semper ratio fuit hæreditatis testamentariæ quàm legitimæ. Nam verbis legis duodecim tabularum, *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, sic confirmantur judicia testantium, quamdiu hæc proferuntur, atque ex testamento adiri potest hæreditas, si ab intestato non deferatur, *l. quamdiu.* 39. *de acqu. hær.* Quoniam autem ad hoc ut testamento deferatur hæreditas & acquiri possit, requiritur, ut testamentum justum sit, hoc est, secundùm regulas & præcepta juris civilis ordinatum, ideo subjicit, necessarium esse expositionem ejus rei ab ordinatione testamentorum inchoare.

Ex omnibus per universitatem acquisitionibus, quæ umquam apud Romanos fuerunt, sola apud nos in usu est ea, quæ fit per susceptionem hæreditatis; bonorum enim possessores nulli, sed hæredes omnes sunt & appellantur, qui vel ex testamento, vel ab intestato defuncto succedunt, eodemque modo omnibus jure civili Batavorum hæreditas acquiritur. Acquisitio quoque per adrogationem, & ea, quam tribuebat pro conservatione libertatum bonorum addictio, nullum usum in hisce regionibus habere possunt, cùm nec adoptionis in totum ulla vis sit, nec servos agnoscamus, ut alibi relatum. Cæterum duæ aliæ species acquisitionis per universitatem moribus nostris receptæ, quas ignorat jus civile Romanorum; una per nuptias; altera per voluntatem supremam præmorientis conjugis. Nam ex consuetudine generali Hollandiæ & West-frisiæ, nuptiis contractis, bona conjugum confunduntur & communicantur, nisi pactis antenuptialibus aliter cautum sit. Atque hinc stante matrimonio debita unius ex bonis alterius exsolvi possunt. Habetque locum hæc confusio etiam in nuptiis repetitis. Utique tamen bona feudalia in hanc communionem non veniunt. Antiquitus quoque moris fuit, ut vidua liberos minores natu habens moneret in possessione, & quasi dominio communi familiæ, fructusque sola perciperet, pro quibus liberos communes aleret, usque dum filiorum natu maximus perfectæ ætatis factus esset: sed hodie hoc amplius non obtinet, nisi ultima voluntate aut etiam pactionibus id cautum reperiatur, vid. D. Grot. *lib.* 2. *manuduct. ad jurispr. Bat. c.* 11. & 2. *seqq.*

TITULUS DECIMUS.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

D. Lib. 28. *Tit.* 1. *C. Lib.* 6. *Tit.* 23. *Nov.* 66. 119. *c.* 9.

Genera teſtamentorum obiter expoſita, & ratio ordinis Juſtinianei.

IN calce præcedentis tituli dictum eſt, cùm quæritur de acquirenda hæreditate, quæ dicatur teſtamento delata, in primis inſpiciendum eſſe, an teſtamentum valeat, & rite ordinatum ſit;eamque ob cauſam etiam initium hujus tractationis à doctrina de teſtamentis ordinandis, ſive de ratione & modo teſtandi Imperatorem capere. Cæterum cùm hæc doctrina ad omnium teſtamenta non pertineat, ſed ad paganorum dumtaxat, & ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum ſcriptorum alia forma ſit, alia non ſcriptorum; ut omnis confuſio vitetur, prius genera teſtamentorum obiter ſecernemus, explicaturi deinde, quomodo ſingula fiant iis in locis, ubi hoc tangit Imperator. Teſtamentum in genere nihil aliud eſt, quàm ultima voluntas, qua quis hæredem ſibi ſive bonorum ſucceſſorem deligit. Et geminæ ejus ſunt ſpecies:unum commune civium Romanorum, quod paganicum appellatur; alterum proprium militum, quod ideo militare.Utrumque rurſus vel ſcriptum eſt, vel non ſcriptum ſeu nuncupativum, §. *ult. inf. eod.* & §. 1. *tit. ſeq.* Et commune ſive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, *l. omnium.* 19. *C. hoc tit.* vel fide privata. Cùm autem ſola paganorum teſtamenta, quæ quidem fide privata fiunt, ad ſtricta ſint legibus, quæ ad ſolemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus ſoluta, ſciendum eſt nihil eorum, quæ de iis in conficiendo teſtamento obſervandis hoc loco & paſsim aliis ejuſdem argumenti ſimpliciter traduntur, ad militaria teſtamenta pertinere; adeoque in toto jure, cùm ſimpliciter teſtamentum nominatur, commune ſive paganicum intelligit. Paganorum teſtamenta, ut recté fiant, & jure civili rata ſint, in hiſce tribus poſitum eſt: in perſona teſtantis; in forma teſtandi & modo; in rebus, quas teſtamentum neceſſario complecti debet. Quod Cajus *l.* 4. *hoc tit.* ſic expreſsit: *Si quæramus,* inquit, *an valeat teſtamentum; in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit teſtamentum, habuerit teſtamenti factionem, deinde ſi habuerit, requiremus, an ſecundùm regulas juris civilis teſtatus ſit.* Regulæ verò iſtæ pertinent vel ad modum teſtandi, vel ad res, quas teſtamento, ut valeat, complecti neceſſe eſt. Atque hæc omnia etiam à Juſtiniano ordine tractantur: verùm orditur ille à teſtandi modo. De perſonis teſtantium agit ſecundo loco, *inf. tit.* 12. de rebus quorum inſertio ad vim teſtamenti neceſſaria, *tit.* 13. & 14. Recenſet hic primùm hiſtoriæ cauſa antiquas atque obſoletas teſtandi formas; deinde explicat, quo ritu poſtea teſtamenta fieri cœperint, primùm per ſcripturam, deinde ſine ſcriptura, voluntate palam nuncupata. Cæterum hæc omnia pertinent ad ea teſtamenta, quæ fiunt fide privata. Publica autem fide ſi quis teſtari velit, (quod hic à Juſtiniano omiſſum) poterit id facere vel coram Principe per ſupplicationem, vel apud acta judicis aut municipium; & tunc neque teſtes, neque alia ſolemnitas deſideratur, *l. omnium.* 19. *C. hoc tit.* & ibi Gloſſ. & DD. add. Mynſing. 6. *obſ.* 29. Boet. *dec.* 228. Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 7. *num.* 4.

TEXTUS.
Etymologia.

Teſtamentum ex eo appellatur, quòd teſtatio mentis ſit.

NOTÆ.

Teſtatio mentis) Alluſio potius quam ἐτυμολογία, cujuſmodi noſtris ſæpe obrepunt, *l.* 1. *de acq. poſ. l.* 1. *de novat. l.* 2. §. 2. *de reb. cred. l.* 35. §. 1. *de mort. cauſ. don.* Definitionem habes apud Modeſtin. *l.* 1. *D. hoc. tit.* Ulpian. *tit.* 20. Vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

1 *Non proponi hic veram teſtamenti notionem, ſed alluſione quadam etymologica oſtendi rei & vocis convenientiam.*

2 *Definitio teſtamenti, quæ Modeſtinum auctorem habet, examinata, & perfectiores productæ.*

3 *Teſtamentorum uſum generaliter conſideratum eſſe ex jure gentium; ſpecialiter ex jure civili.*

4 *Apud pleroſque populos tam liberam non fuiſſe, neque etiam nunc eſſe, teſtandi & legandi poteſtatem, quàm apud Romanos fuit.*

QUòd *teſtatio mentis ſit*) Alluſione quadam 1
etymologica oſtendit rei & vocis convenientiam, imitatus S. Sulpitium, qui

qui quo efficacius vim rei exprimeret, testamentum dixit esse verbum duplex compositum à contestatione mentis. Estque hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris: in jocis venustas delectat; in rebus seriis etiam utilitate sua, quam in re declaranda habet, commendabilis. Qualis est illa Ciceronis, qui *lib. 1. de offic. cap. 6. fidem ex eo appellatam*, scribit, *quia fiat, quod dictum est.* Item illa Augustini, quòd *mentiri inde dictum, quòd sit contra mentem ire.* Similis est illa apud Priscianum: *argumentatio dicta est, quasi arguta mentis oratio.* Apud nostros etiam crebro id genus occurrit. Talis est illa Pauli & Labeonis, qui possessionem appellatam scribunt à sedium positione, *l. 1. in pr. de acquir. poss.* Et Ulp. qui ait, donationem nomen accepisse à nova obligatione, *l. 1. de novat.* Ejusdem generis inveniuntur & in *leg. 3. de damn. inf. l. senatus. 35. §. 1. de mort. caus. don. l. 2. §. 2. de reb. cred.* Nec absimilis est illa Celsi dicentis, jus à Justitia appellatum esse, *l. 1. in pr. de just. & jur.* Hæc autem & his similia, licèt non dicantur ex vero, speciosam tamen veri arguendi vim habent, sicut exempla & comparationes fictæ non minus arguunt, quàm veræ. Nullamque omnino causam video, cur Servium allusionis propositæ auctorem carpat Aul. Gell. *6. noct. Attic.* 12. aut in Justinianum tam inclementer invehatur Valla *l. 6. elegant. 36.* ut dicat, eum explosam atque deritam etymologiam denuo inculcasse: dignus profecto ipse, qui sibilo explodatur. Quis enim nescit, testamentum esse verbum non compositum, sed simplex? Et si de vera ejus originatione quæratur, dictum esse à testando? Quod autem convenit & verbo & simul rei, *testatio mentis*, fortuitum esse, nec in aliis verbis per hujuscemodi formam productis idem evenire, atque ideo nec per similem allusionem declarari posse? Et irascor Gœddeo, qui in *l. nomen. 164. de verb. sign.* contendit, eamdem hanc derivandi rationem etiam accommodari posse verbis *vestimentum, ornamentum, calceamentum*, & ejusdem productionis cæteris; lepida scilicet ratione, quia & sartor, sutor, &c. mentis judicio in opere faciendo utuntur, aut quia nemo sine mente se vestit, ornat, calceat. Et igitur si Gœddeo credimus, vestimentum ex eo appellatum rectè dici poterit, quòd vestitio mentis sit, calceamentum quòd sit calceatio mentis: an igitur & incrementum, quòd sit mentis excretio? Mallem dixisset, Cerberum se metuere, quàm hæc tam temere atque inconsideratè effutisset. Apparet autem ex verbis hujus textus & disputatione Gellii, Justinianum & Servium non definitionem aut descriptionem aliquam testamenti, sive ipsius rei proponere voluisse, sed indicare rationem nominis, ἐπὶ ὀνόματος, ἢ τῆς ἐτυμολογίας. Quæ & Theophili mens est, licèt aliud videatur doctissimo Salmasio *lib. de usur. c. 1.* VINN. Rectè omnino auctor noster: cujus observationibus id adde, quod auctores nostri hic stoam suo more imitentur. Iis enim philosophis hujusmodi allusiones erant familiarissimæ. Cic. *de offic. l. 1. c. 6.* Seneca *Epist. 88.* Vidit jam hoc Vir eximius Em. Merill. *Obs. Lib. 1. cap. 10.* & ante eum summus Cujacius. *Observ. lib. 11. c. 37.* Addenda etiam quæ hanc in rem contra Laur. Vallam disputant viri docti apud Cl. Ducker. *de Latin. vet. JCt. p. 23. sequ. & p. 462.* Scip. Gentil. *Orig. ad ff.* & Ægid. Menag. *Amœnit. jur. cap. 39.* HEIN.

Descriptionem testamenti habemus apud 2
Modestinum *l. 1. hoc. tit. Testamentum*, inquit, *est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quòd post mortem suam fieri velit.* Justam sententiam si accipimus solemnem, aut plenam, hoc est, integram & de omnibus bonis, (utraque enim significatio huic verbo convenit) hac nota satis removebuntur condicilli. Expressior tamen est illa Ulpian. *in fragm. tit. 20.* qui sic definit: *Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* Quod Modestinus voluntatis sententiam, Ulpianus contestationem dixit, uti & in *l. qui testamento. 20. §. & veteres. 8. hoc tit.* contestationem supremam: quoniam non est simplex voluntatis enunciatio aut demonstratio, sed testata, hoc est, declarata & exposita apud eos, qui, ut testes essent, rogati sunt hoc modo: *Hæc uti in tabulis scripta sunt, ita vos, Quirites, testor. Itaque testimonium probibitote.* Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus: *Testamentum est suprema contestatio in id solemniter facta, ut quem volumus post mortem nostram habeamus hæredem.* Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, *l. 1. §. 3. de hæred. instit.* Sunt autem hæ definitiones conceptæ de iis testamentis dumtaxat, quæ fiunt jure communi omnium Civ. Rom. at ea quæ fiunt jure proprio & singulari, qualia sunt militum, *de quib. tit. seq.* & quorumdam etiam paganorum, de quibus nos obiter *ad §. 4. n. 2. infr. h. tit.* non pertinent. Quæri hoc loco solet, cui juri adscribenda testamenti factio, utrum juri gentium an civili? Dicendum est, si generaliter, simpliciter & indefinitè usus testamentorum consideretur, eum esse ex jure gentium; si spe- 3

specialiter & definite, ex jure civili. Neque aliud interpp. sentiunt, cùm originem testamentorum ad jus gentium referunt, formam ad jus civile: formam nimirum propriam & modum testandi peculiarem cujusque Reip. Nemo enim, opinor, tam ineptus est, ut putet, rem ullam esse sine forma, aut simplicem & secundùm jus gentium testandi rationem, qualis in militum testamentis cernitur, forma carere. Breviter, ut liceat morituris disponere de rebus suis, ex jure gentium est; ut non aliter liceat, quàm hoc vel illo modo ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum est, licèt à posteriori concludat, quòd apud omnes fere gentes in usu testamenta fuerunt, sive jus cavendi de eo, quod quis post mortem suam fieri vellet. Philosophorum supremas aliquot voluntates refert Diog. Laertius in *vitis Philosoph.* Isaias Propheta annuntiat Ezechiæ regi Judæ, ut domui suæ præcipiat, quasi mox morituro, 2. *Reg.* 20. & Tacitus de Germanis nostris, ut singulare aliquid notat, quòd nullum apud eos testamentum esset *lib. de morib. German. cap.* 20. Idem quoque arguit, quod miles, qui secundùm jus gentium testari creditur, deportatum hæredem instituere potest, *l.* 13. §. 2. *de. testa. mil.* junct. *l.* 17. §. 1. *de pœn.* Et secundùm hæc ad populum Constantinus; *Nihil est*, inquit, *quod magis hominibus debeatur, quàm ut supremæ voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium l. 1. C. de sacros. Eccles.* Reperiuntur tamen, qui testamenti factionem toto suo genere juris merè civilis esse contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt quod dicimus, rem ipsam simpliciter & per se consideratam esse juris gentium. Negant, rationi & simplicitati juris gentium convenire, ut quis disponat de re non sua: id autem eum facere aiunt, quia disponit in id tempus, quo dominus esse desinit. Sed assumptio hæc falsa est. Non enim de re aliena, sed sua, nimirum eo tempore, quod adhuc dominus est, testator disponit, & quid fieri velit, ordinat: licèt executionem voluntatis in tempus mortis suæ suspendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quàm si quis bona sua omnia alicui donaret ea lege, ut ipse, quoad vivat, unam possessionem eorum retineat. Nam, ut rectè docet D. Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. cap. 6. num.* 14. testamentum vi ipsa nihil aliud est, quàm alienatio in mortis eventum ante eam revocabilis, retento interim jure possidendi ac fruendi. Ex eo quoque quòd successio, quæ jure sanguinis ab intestato defertur, revera ex jure communi est, malè colligas, alienum esse à ratione ejusdem juris, ultima voluntate de bonis suis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum est, defuncti bona simpliciter addici proximis, sed in defectum supremæ voluntatis ejus, qui dominus fuit, *arg.* §. *per traditionem.* 40. *sup. de rer. div. d. l. 1. Cod. de sacros. Eccles.* quem naturæ legis ordine etiam in deferenda hæreditate lex duodecim tabularum secuta est. Reliqua, quæ contra objiciuntur, parvi ponderis sunt, quale est illud quod Papinianus scribit, testamenti factionem non privati, sed publici juris esse, *l.* 3. *hoc tit.* Nam si jus publicum propiè accipimus, quod utilitate publicum est, ut indivisione juris proposita, §. *ult. sup. de just. & jur. leg.* 1. §. 2. *eod.* testamenti factio juris privati est. Publici autem juris esse dicitur oppositivè ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica est, *l.* 1. *ad leg. Falc. l. verbis.* 120. *de verb. sign.* nec ut contractus privati cujusque arbitrio, sed legum potestate regitur, *l. ult. de suis & legit. hær.* quamquam & quæ ad jus publicum propriè pertinent, magnam partem ex moribus & institutis aliarum gentium Romani petierunt. Quod pluribus exposui ad *d.* §. *ult.* Neque majoris momenti est, quod de deportato profertur, eum nec testamentum facere, nec ex eo capere posse, *l.* 8. §. 1. *hoc tit. l. 1. Cod. de hær. inst.* qui tamen omnia, quæ sunt juris gentium, retinet, *l. sunt. quidam.* 17. §. 1. *de pœn.* Nam nec matrimonium contrahere potest, nec patriam potestatem, nec tutelam, nec jus successionis cognationi tributum retinet. Nimirum etsi hæc omnia ex jure gentium tamquam ex communi fonte populus Romanus hauserit, propria tamen sibi fecit, & à communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, testamentum esse juris gentium, quo modo contractus & comercia juris gentium esse dicuntur, sed ex jure gentium & civili ita conflatum, ut, quamvis hic præcipuæ partes sunt juris civilis, & ob id etiam inter ea, quæ juris civilis sunt, testamentum numerandum; tamen numerandum inter ea, quæ mixti juris sunt, non quæ merè civilis & positivi: quoniam ex ratione juris gentium est, ut quis moriturus de bonis suis possit disponere: quo sensu etiam in Institutionibus Græcis inter exempla juris gentium refertur τὸ διαθήκας συγγράφεσθαι. *tit. de jur. nat. gent. in pr.* Revise ad ea quæ sub §. 1. *ejusd. tit.* à nobis tradita sunt. Illud planè ridiculum est, quòd ex eo, quòd Tacitus scribit, apud Germanos suo tempore usum tes-

teſtamentorum non fuiſſe, nonnulli colligunt, teſtamenti factionem cum jure gentium non conſentire. Nam uſum quoque emptionis & venditionis Germanos ignoraſſe idem Tacitus eodem loco prodidit, cùm apud eos nummus non eſſet, & cerebroſi hominis eſt, ex uſu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare, add. doctiſſ. Vigl. *ad* §. 2. *hoc tit.* Vinn. Non adeo expedita res videtur, teſtamenti factionem eſſe juris gentium: ſive per illud intelligas jus, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, ſive quod uſu & neceſsitate exigente homines inter ſe conſtituiſſe dicuntur. Nec rationis Vinnii id evincunt. Nam (1) multæ gentes condiderunt teſtamenta, ſed non omnes. Non Germani, Tac. *de mor. Germ. cap.* 20. non Athenienſes ante Solonem, Plutarch. *in Solon. p.* 90. non Hebræi, Seld. *ſucceſſ. in bon. Hebr. cap.* 24. non Indi denique, veluti Siamenſes, De la Loubere *du Royaume de Siam. T.* 1. *part.* 3. *ch.* 7. *n.* 9. Deinde (2) omnino rationi naturali repugnat, alicui jus eſſe ſtatuendi de rebus ſuis ita, ut voluntas poſt mortem valere incipiat, ubi jam velle deſiit, & mors omnia ſolvit. Quod animadvertens vir acutiſsimus Leibnitius in *novo methodo Jurisprud. p.* 56. *ſequ.* ad animarum immortalitatem confugit, ut ſic perdurare voluntas mortuorum videatur, quod nimis dilutum eſt. (3) Nec donationis exemplum à Vinnio adductum quadrat. Nam qui donat inter vivos ſtatim dominium transfert: quamvis ſibi uſum poſſeſsionemque reſervet. (4) Grotii definitio non exhaurit naturam teſtamenti, de quo nobis quæſtio eſt. Quis enim dixerit, teſtatorem, quoad vivit, tantum jus poſsidendi & fruendi ſibi reſervare, quum res ſuas vendere, donare, quin ipſam ultimam voluntatem mutare poſsit? Et quis dixerit, eam alienationem eſſe revocabilem, qua nihil alienatur, & quæ revocari poteſt, antequam valere cœpit? (5) Denique nec uſu & neceſsitate exigente teſtamenta inventa ſunt, quum nulla neceſsitas fingi poſsit, quæ homines adegerit ad teſtandum, quum jam leges extent de ſucceſsione, immo hæc teſtamenti factio ſæpe incommodis oneret rempublicam. Vid. Hert. *Elem. Polit. Part. II. ſect.* 11. §. 53. Hein.

4 Adjicio, ἐν παρέργῳ, multis viſum, è Republica aliquando eſſe; nimiam teſtandi & legandi libertatem præcidere: præſertim in Optimatum ſtatu, & hactenus ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *lib.* 5. *de repub. cap.* 2. auctor eſt, ſolis Athenienſibus uſurpatam fuiſſe infinitam legandi licentiam, eamque Decemviros à Solone aceptam in duodecim tabulas retuliſſe, & populo Romano propoſuiſſe his verbis; *Uti quiſque legaſsit ſuæ rei, ita jus eſto, l. verbis legis.* 120. *de verb. ſignif.* Cæterum autem gentium omnium unam legem fuiſſe, ne prædia teſtamento legare liceret: eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos, alioſque populos uti. Nos ſcimus, idem fere etiamnum obtinere in Geldria, & Diœceſi Trajectina, locis Bataviæ noſtræ proximè adjacentibus. Excepta apud nos ſunt bona feudalia, quæ teſtamento dare, aut legare non licet ſine indulgentia Ordinum hujus Provinciæ. At impetrata de his teſtandi licentia, poteſt vaſallus feudum cui velit teſtamento relinquere, modo is cui relinquitur ex juſto matrimonio procreatus ſit. Et poteſt hoc facere etiam ſine permiſſu ejus, qui proximus feudi dominus eſt ſine conſenſu ſucceſſorum feudi ab inteſtato. Simplex indulgentia non plus juris Vaſallo tribuit, quàm ut ſemel de bonis feudalibus directo diſponere poſsit vel inſtituendo vel legando: plures autem gradus faciendi poteſtas aut ſubſtituendi ſive directo ſive per fideicommiſſum non aliter competit, quàm ſi hoc quoque ſpecialiter diplomate comprehenſum fuerit, Grot. 2. *manuduct. c.* 42. & *ib.* Groenevv. *in not. notab. feud.* §. 24. Apud Ultrajectenſes etiam ſimplex indulgentia poteſtatem ſubſtituendi tribuit, ſed ſemel dumtaxat.

Textus.

De antiquis modis teſtandi civilibus.

1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, ſciendum eſt, olim quidem duo genera teſtamentorum in uſu fuiſſe; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cum in prælium exituri eſſent, quod procinctum dicebatur. Acceſsit deinde tertium genus teſtamentorum, quod dicebatur per æs & libram, ſcilicet quod per emancipationem, id eſt, imaginariam quamdam venditionem agebatur, quinque teſtibus & libripende, civibus Romanis puberibus præſentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera teſtamentorum ex veteribus temporibus in deſuetudinem abierunt: quod verò per æs & libram fiebat, licet diutius permanſerit, attamen partim & hoc in uſu eſſe deſiit.*

Notæ.

Calatis comitiis) Calato ſeu convocato per lictorem curiatum populo, teſtamentorum confirmandorum cauſa: curiata enim hæc

erant

erant comitia, non centuriata, aut tributa. Gell. *lib. 15. c. 27.* Gruch. *in præf. lib. de commit.* In Glossis, *calata comitia*, ἀρχαιρέσια διὰ τοῦ ἱερέως γινόμενα. Vid. inf. in comm.

Per emancipationem) Emancipare & mancipare propriè, est ære & libra vendere, & in dominium alicui tradere. Horat. *Epist. 2. l. 2. v. 158. Si proprium est, quod quis libra mercatur & ære.* Per translationem prædicatur de qualibet alienatione & subjectione. Plaut. *Bacch. & Curcul.* Cic. *Phil. 2. & Cat. Maj.*

Imaginariam venditionem) Imaginaria dicitur, quia pretium non interveniebat; sed τιμὴ χάριν sesterius nummus, v. Cujac. 10. *obs.* 37.

Quinque testibus) Aderant præter libripendem testes quinque, cives Rom. puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur. V. Ulpian. *tit. 19. §. 2. & tit. 20. §. 1. & 8.* & Boet. *in Top.* ubi ex Cajo etiam formulam mancipationis refert, add. Salmas. *de usur. c. 8.*

Familiæ emptor) Suet. *Neron. cap. 4. Familiæ emptor*, id est, hæreditatis; qui initio erat ipse hæres futurus, §. 10. *inf. eod.* postea autem alius ab hærede, manceps fiduciarius, qui hæredi familiam remanciparet. Theoph. quod Plutarcho *lib. 2. de serv. num. vind.* absurdum videtur.

In desuetudinem) Causam te docebit Theoph.*

COMMENTARIUS.

1 *Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solebant.*
2 *De testamento, quod veteribus* endo procinctu.
3 *De testamento per æs & libram.*
4 *Quando superiora genera testamentorum in usu esse desierint.*

QUo ratio juris de forma & modo faciendorum testamentorum postea constituti facilius & perfectius intelligatur, necessarium putavit Justinianus, à primordio rem totam repetere. Et sunt sanè multa in jure novo & posterioribus temporibus constituta, quæ sine veteris notitia perfectè intelligi non possunt: idque non tantùm in re hic proposita; sed etiam in plerisque aliis juris Justinianei partibus accidit. Accommodari huc potest illud Senecæ *lib. 6. de benef. c. 1. Etiam quod discere supervacuum est, prodest cognoscere.* Ait autem, primis temporibus duo genera testamentorum populo Romano in usu fuisse, quorum altero quod calatis comitiis dicebatur utebantur in pace & otio; altero quod procinctum, cùm in prælium procincti educerentur: accessisse autem postea & tertium genus, quod per æs & libram fiebat. Atque hujus rei testem habemus etiam Aulum Gellium, qui *lib. 15. noct. Attic. c. 27.* sic scribit; *Tria genera testamentorum fuisse accipimus, unum, quod calatis comitiis in concione populi fieret; alterum, quod in procinctu, cùm viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur; tertium per familiæ emancipationem, cui æs & libra adhiberetur.* Idem quoque tradit Ulpian. *in fragm. tit. 20.*

Quod calatis comitiis appellabant) Tribonianus non satisfacit studiosis antiquitatis, dum hoc genus indicat, non exponit. Sed & interpretes paucis de eo agunt, nec explent desiderium hominis curiosi. Quamobrem ne quid antiqui moris ignoretur videndum est, quænam ista comitia, quæ Justinianus, Ulpianus & Gellius calata appellant, fuerint; & unde hoc iis solis nomen, quod videtur omnibus communiter convenire. Pater ex scriptis veterum; maximè Ciceronis, Livii & Dionysii Halicarnassensis, tria fuisse eaque diversa comitiorum genera; curiata, centuriata & tributa: quorum antiquissima curiata. Nam ex quo Curiæ primùm à Romulo institutæ sunt, usque ad tempora Servii Tullii sexti Romanorum Regis omnia, quæ suffragiis populi à Regibus committebantur, curiatis comitiis peracta fuere: ut ex eo intelligi potest, quod necdum centuriæ; nec tribus erant, quæ suffragium dicere possent. Itaque non modo reges, sed cæteros etiam magistratus curiatis comitiis creatos fuisse interpretandum est, cùm apud auctores reperimus, à populo eos creatos: & leges omnes, quæ ad illud usque tempus latæ sunt, curiatæ fuerunt: & judicium Horatii à populo curiatis comitiis peractum est. At post classes à Servio rege institutas, tum duo cœperunt esse comitiorum genera, curiata, & centuriata: atque illis duobus tantùm usus est populus usque ad judicium Coriolani: qui fuit annus ab urbe condita 263. quo primùm instituta sunt tributa comitia; & curiata minus ex eo tempore frequentari cœperunt. Curiata comitia dicebantur, in quibus populus curiatim suffragium dicebat, hoc est, in quibus populus per curias divisus sententiam rogabatur; ut quod plures curiæ statuissent, id jussum populi diceretur: nec auspicato fieri poterant, nisi intra pomœrium, idque in foro, adeoque in comitio. Centuriata erant, quibus populus per classium centurias divisus suffragium ferebat, ita ut suffragia colligerentur centuriatim, &

& quod plures centuriæ jussissent, id jus ratumque esset. Hæc intra pomœrium haberi non poterant: locus ei destinatus erat campus Martius. Tributa comitia dicta, cùm populus tributim sive per tribus divisus suffragium iniret, in quibus quod plures tribus jussissent aut vetuissent, spectabatur. Hæc autem diversa fuisse à curiatis, argumento est, quod tribus à curiis semper diversæ fuerunt: quodque intra aut extra pomœrium haberentur, nulla religio erat. Jus habendi comitia solis Magistratibus fuit, nisi de sacris esset agendum: & quidem solis patriciis & majoribus magistratibus curiata & centuriata; tributa etiam Tribunis plebis. Sacrorum autem causa Pontifices jus habuerunt vocandi comitia tam centuriata, puta creando Regi sacrificulo, quàm curiata: nam fallitur D. Wesembecius, dum existimat, magistratus coegisse centuriata comitia, calata pontifices. Causæ habendorum comitiorum variæ: ad creandos magistratus aut confirmandos, ad leges ferendas, judicia exercenda, sacerdotes inaugurandos, detestationis sacrorum, adrogationum, & testamentorum faciendorum causa: nec tamen unæ omnium, nec eædem omnium, omnibus temporibus. Singula exequi ad institutum non opus est: adeundi Nicol. Gruchius, & Carol. Sigonius, qui de comitiis Rom. scripserunt ex professo. Cùm igitur præter ea, quæ diximus, nulla alia fuerint comitia, necesse est calata, quorum hic mentio fit, speciem unam ex his fuisse. Non fuere autem centuriata: alioqui sequeretur, nec in urbe testari. Quirites potuisse, nec omnino primis temporibus testari ante tempora Servii Regis, à quo primum centuriata comitia instituta sunt. Multo minus putandum est, hæc comitia tributa fuisse; quippe quorum usus nullus fuit ante judicium Coriolani. Relinquitur ergo, ut curiata fuerint, quæ sola primis temporibus, cùm in concione testamenta fiebant, in urbe haberentur. Idque etiam Gellius non obscurè indicat loco superiùs citato, cum ait, iisdem comitiis calatis sacrorum detestationes & testamenta fieri solita. At ante legem Papyriam, quæ vetuit ædes, terram, aram consecrare injussu plebis, teste Cicerone *pro domo*, consecrationes à Pontificibus factas curiatis comitiis docet Gruch. *lib.* 3. *de comit. Rom. cap.* 2. Igitur quod in concione calatis comitiis testamenta olim fieri solita dicuntur, calatis comitiis, hoc est, convocato testamentorum confirmandorum causa populo, non centuriatim sive per centurias classium (ut D. Viglius existimat) neque per tribus, sed per curias, idque à collegio pontificum. Ex eo autem quod veteribus frequens usus erat verbi *calo*, quod Græcum est, unde nomina *calendæ*, *curia calabra*, *classis &c.* Macrob. 1. *Satur.* 15. existimare licet, initio comitia omnia calata fuisse, sed postea cùm id verbum in usu esse desiit, nomen calatorum comitiorum in his tantùm, quæ pro collegio pontificum haberentur, retentum esse, idque religionis & antiquitatis causa. Gellius sanè, *d. lib.* 15. *c.* 27. refert in Libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum esse, Labeonem scribere, calata comitia esse; quæ pro collegio pontificum haberentur, aut regis sacrorum, aut flaminum inaugurandorum causa. Et paulo post, iisdem comitiis & testamenta condita. Ac credibile est, ideo pontifices testamentorum factionibus præfuisse, quia sacra, quæ ad eos pertinebant, una cum hæreditatibus transferrentur. Vicem horum testamentorum exhibere scribit D. Viglius, quæ precibus Principi oblatis inseruntur, juxta *l. omnium.* 19. *C. hoc tit.* Nam Principem post legem regiam quodammodo universum populum repræsentare. Sed & testamentum, quod in acta magistratus municipumve refertur, ejus, quod calatis comitiis fiebat, quadantenus locum subit, quia & ipsum publica fide fit, & quasi totius civitatis, *d. l. omnium* VINN. Quæ hic Vinnius perspicuè refert, ea maximam partem rectè se habent, & pleniùs exponuntur à Gruchio & Sigonio. In eo tamen falli videtur (1) quod comitia calata testamentorum caussa convocata putat. Convocabantur enim legum ferendarum magistratuumque creandorum caussa, immo & ob alia negotia publica, bellum, pacem, judicia &c. Testamenta autem, nihil aliud tum erat quàm leges, rogatæ à magistratu, & curiarum suffragiis confirmatæ. Unde vocabulum *legare*, quasi legem ferre *νομοθετεῖν*, *Nov.* 22. *cap.* 2. legis modo relinquere. Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 1. Deinde id (2) admittendum videtur, quod testamenta principi oblata, vel in acta magistratus municipumve relata in testamentorum, quæ calatis comitiis facta sint, locum successisse existimat: quum complura ante sæcula obsolevissent comitia calata, testamentaque in iis fieri solita, quum hæc testamenta principi, vel magistratibus oblata invenirentur. HEIN.

2 *Quod procinctum dicebatur*) Alterum testamenti genus antiquitus usurpatum, cùm ad pugnam ituri essent, incerti an essent redituri, procinctum appellatum esse ait: pro

Y y quo

quo malim *in procinctu* : nam testamentum ineptè procinctum dixeris ; licet Theophilus quoque *procinctum* legat, ut verisimile sit, ita Tribonianum scripsisse. At enim veteres ita locuti non sunt, ut hoc epitheton ipsi testamento apponerent : sed procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam classem dicebant, id est, multitudinem hominum ad prælium instructam & paratam : eo quod togis incincti olim pugnabant, quo expeditiores essent, teste Festo. Hinc *procinctus*, pro *exercitus*. Ammian. *lib.* 18. *procinctus adventans*. Testamenta autem quæ pugnaturi instructa acie nuncupabant, *endo procinctu* vel *in procinctu* appellabant Gloss. Lat. Græc. *endo procinctu*, ἐζωσμένοι ἐν πολέμῳ. Lucilius Balbus apud Cic. 2. *de nat. Deor. cap.* 3. *Itaque maximæ Reipub. partes in his bella, quibus Reipub. salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt. Et lib.* 1. *de Orat. cap.* 53. apud eumdem Antonius : *Qui duos filios suos parvos tutelæ populi Romani commendasset, ac se, tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Rom. tutorem instituere dixisset illorum orbitati.* Ita quoque Festus, Gellius, Ulpianus *dd. loc.* Plutarchus *in Coriolan. p.* 198. ita hanc rem explicat : Erat eo tempore, inquit, mos Romanis prælium inituris scutaque sumpturis, περιζώννυσθαι τίθεσθαι, *præcingere togam*, simulque διαθήκας ἀγράφους, *testamenta sine scripto* facere, & tribus aut quatuor audientibus hæredem nuncupare. VINN. Immo in texto Plutarchi est τρεῖς καὶ τέτταρας, qui conficiunt septem. Forte καὶ pro ἢ ponitur, particula copulativa pro disjunctiva, quod sæpe & alibi fit. Vid. Jo. Strauch. *Lexic. partic. in voce.* Et. HEIN.

Quod dicebatur per æs & libram) Ἀπαίτησιν:
3 ut scribit Theophilus, hoc est *inauspicatum* veteribus visum fuit, sano & valente corpore testamentum facere velle, extra quam si præsens periculum foret, veluti si in hostem pugnandum esset, aut comitia testamentis faciendis ex professo haberentur : quod bis tantùm in anno, si eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cùm hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem semper libera esset testamenti factio ; nec fœminæ, quibus nulla comitiorum communio erat, teste Gellio *lib.* 5. *cap.* 19. ulla ratione testari possent ; excogitata postea est tertia testandi ratio, secundum quam & quovis loco ac tempore, & fœminis etiam suprema judicia ordinare liceret. Hic modus testandi per æs & libram dictus, quia per mancipationem, in qua æs & libra adhibebatur, fiebat : unde hæres per æs & libram apud Ciceronem 2. *de legib.* Et sciendum est, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi, non signato, usos fuisse pro pecunia, atque hæc appendere, non numerare solitos; signata pecunia demum post Pyrrum Regem devictum uti cœpisse, eamque numerare, auctore Plinio *lib.* 33. *cap.* 3. Verba tamen vetera etiam postea retenta sunt, ut pendo, appendo, expendo, nominaque ab his derivata; & imago quædam vetusti moris in venditione atque alienatione rerum mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur, (Cicero *in Topic. cap.* 10. traditionem nexu vocat, propterea quod hæc mancipationem sequebatur) nimirum ut is, in quem hæ res transferebantur, eas emeret à domino ære & libra, appenso ei τιμῆς χάριν, dicis causa, nummo uno. Atque hoc modo plenissimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno scilicet jure Quiritium ; cum alioqui bonitarium dumtaxat transiret. Quo accommodandum illud Horatii *Epist. lib.* 11. *ep.* 2. *v.* 158. *Si proprium est, quod quis libra mercatus & ære est.* Aderant præter libripendem quinque testes, cives Romani, puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur, vid. Ulp. *tit.* 1. §. 11. & *tit.* 19. §. 2. & Boët. *in Top. Cic. lib.* 3. apud quem etiam extat mancipationis formula. *Is*, inquit, *qui mancipio accipit, ita dicit : Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc ære aneaque libra. Deinde ære percutit libram, indeque æs ei dat, à quo mancipium accipit, quasi pretii loco.* Ita rectè eum locum emendat vir omni prædicatione dignus, sed omni major. Cl. Salmas. *lib. de us. cap.* 8. Traductum hoc postea & ad translationem universitatis bonorum, ut futurus successor familiam, id est, universam substantiam testatoris οἰκονομικῶς emeret, quo post mortem ejus hoc tamquam justo titulo bona possidere intelligeretur. Eadem quoque solemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus. VINN. Immo vera ratio paulo altius repetenda, cur Romani testamenta condenda putarint per æs & libram. Leges exstabant de successione ab intestato. Leges privata cujusque voluntate mutari non poterant, *l.* 38. *ff. de pact.* sed alia lege opus erat, qua prior abrogaretur. Hinc testamenta olim fiebant in comitiis calatis, per modum legis. Posteaquam autem leges XII. tabularum cuivis concessissent libertatem testandi, lege notissima : Paterfam. uti legasit super pecunia tu-

tutelave suæ rei, ita jus esto: opus erat fictione quadam, ne privati hominis voluntate leges viderentur mutari. Itaque fingebant, testatorem hæreditatem, tanquam rem mancipi vendere, addita secreta lege: Hæc uti in his tabulis scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Facem hic præfert Vir Illustr. Corn. van Bynkersh. *Obs. Lib.* 2. *cap.* 2. HEIN.

Quod per emancipationem) Ita quoque Theophilus, Aul. Gellius, *lib.* 5. *c.* 27. *per familiæ emancipationem.* Nec video, cur potius legendum *mancipationem*: quod vult D. Bachovius. Etenim veteres non minus verbo *emancipare*, quàm *mancipare* utuntur, pro mancipio dare, tradere, vendere, alienare. Cicero *de Senect. cap.* 2. *Ita senectus honesta est, si nemini emancipata est.* Plaut. *in Bach. act.* 1. *Sc.* 2. *v.* 60. *Nunc mulier tibi me emancupo, tuus sum.* Horat. *epod.* 9. *v.* 12.

Romanus (eheu posteri negabitis)
Emancipatus fœminæ
Fert vallum & arma miles.

id est, δεδουλωμένος τῇ γυναικί Tranquillinus *in Othone c.* 4. *Cuidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter totum agrum redemit, emancipavitque.* Plinius *lib.* 7. *epist.* 18. *Agrum ex meis longè pluris exactori publico emancipavi.* Cicero 2. *Philipp. cap.* 21. *Tum iste venditum atque emancipatum tribunatum consiliis vestris opposuit*: quo tamen loco non ignoro etiam *mancipatum* legi.

Imaginariam quamdam venditionem) Duabus de causis venditionem hanc imaginariam fuisse scribit Hotomannus: primum quia revera venditio non erat, sed liberalis bonorum omnium translatio, cùm dicis tantùm causa nummus unus appenderetur testatori: deinde quia familiæ emptor, in quem tamquam in hæredem ea bona per emancipationem transferebantur, hæres non erat, sed alius ab hærede. At oportebat distinguere tempora: nam quo tempore hæc testandi ratio primum introducta est, ipse hæres futurus familiam emebat: quod bis hoc loco testatur Theophilus, & intelligere licet ex §. *sed neque* 10. *inf. eod.* Progressu autem temporis, cùm, ut credibile est, quod veterum simplicitas & probitas antea non consideraverat, experimentis compertum esset, eam rem testatori periculosam esse, atque insuper etiam causam odii in testatorem, invidiæ in hæredem, legitimis successoribus præbere; receptum est, ut palam quidem solemnitas adimplendæ causa familiæ emptor adhiberetur, sed qui, ut manceps fiduciarius, hæredi seorsum in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam remanciparet. Cujus rei causam cùm Plutarchus non intelligeret, in libro, cui titulus est, *De sera numinis vindicta*, de Romanis loquens, sic scribit ὅταν διαθήκας γράφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας; ὃ δοκεῖ παράλογον. Transferantur huc verba Ulpiani ex *tit.* 20. §. 8. *In testamento*, inquit, *quod fit per æs & libram, duæ res aguntur, familiæ emancipatio, & nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum; Tabulas testamenti testator tenens, ita dicit; Hæc uti his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos Quirites testimonium perhibetote*, quæ nuncupatio & testatio vocantur.

Priora duo genera in desuetudinem abierunt) 4
Recepto usu testamenti per æs & libram, priora illa duo minus frequentari cœperunt, paulatimque abiere in desuetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant testamenta in procinctu, sicut ipse testatur, *lib.* 2. *de nat. Deor. cap.* 3. sed nec testamenta calatis comitiis arbitror diu postea mansisse: quod colligere mihi videor ex verbis Labeonis, qui apud Gellium *d. l.* 15. *c.* 27. sic scribit, *Iisdem comitiis, quæ calata appellari & diximus, & sacrorum detestatio & testamenti fieri solebant.* Utitur Labeo verbo temporis præteriti, ut intelligamus, olim ista fieri solita, suo autem tempore duo ista genera calatorum comitiorum in usu amplius non fuisse: & perperam Bachovius ex eo, quod Labeo eodem loco scribit, tria genera testamentorum fuisse, in procinctu, calatis comitiis, per æs & libram, colligit, ætate Labeonis atque adeo Gellii testamenta calatis comitiis adhuc iu usu fuisse; nam eadem ratione colligas, eodem tempore viguisse adhuc testamenta in procinctu; quod falsum esse constat ex d. loco Ciceronis. Illud utique certum est, tempore mediæ jurisprudentiæ comitiis testari desitum fuisse: testis Ulpian. *in fragm. d. tit.* 20. §. 1. VINN. Immo latis tabulis XII. desiisse testamenta in comitiis calatis fieri, verosimillimum est. Quis enim voluisset voluntatem suam submittere populi, suffragiis quum libere suoque arbitrio testari posset? Et quis maluisset publicè & palam hæredem nuncupare, quam jure uti legibus XII. tab. concesso? HEIN.

Quod verò per æs & libram, &c.) Priora illa duo testamentorum genera jam diu exoleverant, cùm per æs & libram adhuc frequentarentur. Ulpianus d. loco scribit, suo tempore id solùm in usu fuisse, nimirum ex testamentis, quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis. Nam secundum formam à prætore introductam, & juris mix-

mixti, eo tempore testamenta quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest, *l. ad testium 22. §. si quis 4. l. pen. hoc tit. cum similib.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait, *Partim & hoc in usu esse desiit.* An hoc ideo dicit, quia familiæ emptor postea alius esse cœpit ab hærede? Sed hoc factum jam olim & stante adhuc Repub. Arbitror, Justinianum hoc significare voluisse, cùm in testamento, quod per æs & libram fiebat, duæ res antea agerentur, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti, solemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exolevisse: solum alterum, nuncupationem scilicet testamenti, sive solemnem voluntatis contestationem & quodammodo numerum testium, usque ad sua tempora mansisse, sicut apparet ex mixta testandi forma, qua posteritas uti cœpit, §. 3. *inf. eod.* quo loco hoc innuit ipse Justinianus. Illa mera somnia sunt, quæ à quibusdam afferuntur, ideo testamenta per æs & libram desiisse fieri, quia emptio ista bonorum testatoris visa sit esse contra bonos mores, & pactum de futura succesione, quod votum captandæ mortis inducat: neque enim vera emptio erat, ut hic ejus effectus, ut testamentum mutare non liceret, nec idem jam olim hæres, qui familiæ emptor: & Theophilus, quem ajunt eamdem hujus desuetudinis rationem reddere, tantùm indicat, cur alium emptorem familiæ, alium hæredem esse placuerit: quamquam & ipse fallitur, dum id Justinianum hoc loco sentire existimat.

TEXTUS.

De antiqua testandi ratione Prætoria.

2. *Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure etenim bonorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant: cùm jure civili signa testium non essent necessaria.*

COMMENTARIUS.

1 *Nimiæ curiositatis esse velle indagare, cur in omnibus emancipationibus placuerit ad minimum quinque testes adesse, confutatis plerorumque rationibus.*

AD jus civile referebantur) Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum fit, cæteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ scilicet ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum veniunt, *l. 7. de just. & jur.* Sine ulla autem ratione est, quòd D. Hotomannus cum prætorio jure hic comparari existimat id tantùm jus, quod auctoritate prudentum, à quibus & formulæ aliæque solemnitates profectæ sunt, introductum est: nam testamentorum usus in comitiis & procinctu antiquior est ipsis 12. tabulis, quibus tamen posterius est jus, quod à consultis compositum est, & communi nomine appellatum civile, *l. 2. §. his legib. 5. de orig. jur.* Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege 12. tabularum descendunt. Planè imaginariæ mancipationes inventum sunt Jurisconsultorum; nec dubito, quin etiam testamentum per æs & libram, solemnitate mancipationis rerum singularum inter vivos producta, ad alienationem bonorum omnium per ultimam voluntatem.

Jure honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa) Testandi ratio jure prætorio introducta, simplicior est atque expeditior, quàm illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem, quippe cùm Prætor nihil aliud desideraret ad vim testamenti, quàm ut id septem testibus propositum atque ab iis obsignatum esset. Licet enim tale testamentum jure civili non subsisteret propter defectum mancipationis: tamen Prætor secundum illud bonorum possessionem scriptis in eo hæredibus dabat. Ulpian. *tit. pen. §. 5.* Ait, *septem testium signa.* In eo quod jure civili fiebat per æs & libram, non plures testes necessarii, quàm quinque: qui numerus legitimus erat in omni emancipatione. Sed Prætor, ut solemnitatem juris civilis contempserit, numerum tamen civium, quem adesse in testamentis oportebat, minui noluit: ideoque duos testes in locum libripendis & emptoris familiæ subrogavit. Simile huic est, quod apud Cajum 1. *Instit. tit. 6. §. 3.* legimus, *In emancipatione liberorum, cùm antea quinque testes cum libripende & antestato intervenirent, postea pro libripende & antestato duos alios testes adhibitos, ut septem testium numerus impleretur.* Nimiæ autem curiositatis est, indagare velle, cur placuerit in omnibus mancipationibus minimum quinque testes præsentes esse. D. Giphanius & Bachovius suspicantur, originem hujus quinarii numeri ductam à numero quinque classium, quas Servius Tullius instituit, atque ad hujusmodi actus confirmandos singulos testes è singulis classibus initio accitos fuisse, ut quodammodo coram universo populo celebrari 1

vi-

viderentur; perinde quasi singuli testes suam classem; universi populum universum repræsentassent. Nec obstare ait D. Bachov. quod Dionys. Halicarnassensis scribit, non quinque, sed sex classes à Servio Rege institutas: nam sextam classem, quæ infimi census erat, contemptam & nullo pene loco habitam fuisse. Mihi hæc conjectura doctissimorum virorum nulla probabili ratione niti videtur. Nam si per quinque istos testes populum repræsentari veteres intellexissent, numerum istum non auxisset in suo testamento Prætor. Deinde voluntas populi non ex numero classium, sed centuriarum censebatur: nec quod plures classes, sed quod plures centuriæ jussissent, id ratum habebatur, unde si vel primæ classis centuriæ (quæ reliquam multitudinem tribus centuriis superabat) convenissent, secundæ aut inferiorum classium non vocabantur. Quapropter, si Bachovii rationem sequamur, potuit vel unus testis sufficere, ut actus coram majore parte centuriarum celebratus videretur, civis maximi census, primam classem, hoc est, nonaginta & octo centurias repræsentans, vid. Dionys. Halicarn. *lib.* 4. Nec Festo classici testes, quos dictos ait, qui testamentis signandis adhibebantur, sunt testes ex singulis classibus collecti, sed cives Romani: eo quod cives omnes in classe aliqua censebantur, & qui classem non habebant, nec cives Romani erant: quomodo & Jos. Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus, qui putat, per classicos testes Festum intellexisse homines primæ classis, aut primæ dignitatis: nam satis fuisse constat, si viri honesti essent & integræ famæ; quamquam antiqui etiam ita locuti sunt, ut classicos dicerent, non omnes, qui in classibus erant, sed primæ tantùm classis homines: unde per translationem auctores classici appellati, primæ notæ assidui, non proletarii scriptores, vid. Gell. *l.* 7. *c.* 13. & *l.* 19. *c.* 8. Sunt, qui ideo, quinque testes adhibitos scribunt, quia totidem tribubus populus constabat, Timæ. Fab. *disp. anniversf.* 18. Hopper. *hic in not.* qui magna in antiquitatis ignoratione versantur. Nusquam enim invenias, populum unquam in quinque tribus divisum fuisse: quod quidem Faber etiam fatetur; sed existimat, à Romulo tres tribus factas, easque duplicatas à Tarquinio Prisco; itaque vice populi sex testes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac munus libripendis assumeret. At enim si Livio credimus, nullæ tribus à Romulo factæ, quæ quidem universam multitudinem continerent: sed tres modo equitum centuriæ ex omni multitudine lectæ, quarum numerum Tarquinius, quia videbat equitem maximè suis viribus deesse, postea auxit. Et eodem auctore, primum factæ tribus quatuor à Servio Tullio partibus urbis distinctæ; quod & Dion. Halicarn. *lib.* 4. *confirmat.* quo loco etiam refert, Fabium scriptum reliquisse, agrum præterea universum in viginti & sex partes divisum fuisse: quas tribus rusticas si cum urbanis conjungas, fient tribus triginta. Subjicit tamen, Venonium memoriæ prodidisse, triginta & unam tribus sub Rege Servio fuisse. Libro autem septimo apud eumdem de judicio Coriolani sic scriptum reperimus: *Cum una & viginti tribus Romæ essent, quæ missæ sunt in suffragium, novem habuisse Martium: à quibus absolutus est.* Proinde longè majorem testium adhiberi oportet, si per eos tribuum numerum repræsentari volumus, & post expletum triginta quidque tribuum numerum testes quinque & triginta. VINN. Non sanè absurdum est, quod de classibus suspicatur Bachovius. In mancipatione agebatur de dominio juris Quiritium trasferendo, & hinc nihil videbatur æquius, quam ut Quiritium arbitrio res generetur. Quirites tempore XII. tab. erant descripti in sex classes. Sed sexta classis ex proletariis & capite censis constabat. Quum verò *proletarii* testes nullius auctoritatis haberentur, iisque opponerentur testes *classici*, probabile est, ideo sufficere creditum esse testes quinque, tamquam, qui totidem Quiritium classes repræsentarent. Id addo, mancipationis ritum esse XII. tabulis antiquiorem, cum in iis mentio illius fiat tanquam jam noti & recepti. Putarim à Servio inventum, qui & divisionis populi in classes auctor est. Eum enim leges de contractibus tulisse, docet Dionys. Hal. *lib.* 5. *p.* 278. unde & præcipuus sanctor legum dicitur à Tacito, *lib.* 3. *Annal. cap.* 26. HEIN.

Cùm jure civili signa testium non essent necessaria) In testamento, quod fiebat per æs & libram. In eo enim duæ tantùm res necessariæ erant, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti, sive voluntatis testibus exhibitæ solemnis contestatio, Ulp. *tit.* 20. §. 8. Quod postremum tamen nunc demum receptum videri potest, postquam cœpit alius hæres seorsum in chartis vel tabulis scribi; alii familia palam mancipari: nisi forte ad ea legata referas, quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus est, testatorem post mancipationem mox ordinare, quid post mortem fieri vellet, & familiæ emptori sive hæredi dicere solitum, *Huic volo dari*

fun-

fundum ; illi domum ; alii centum numismata.

TEXTUS.

De conjunctione juris Civilis & Prætorii.

3. *Sed cum paulatim , tam ex usu hominum, quàm ex constitutionum emendationibus cœpit in unam consonantiam jus civile & Prætorium jungi, constitutum est , ut uno eodemque tempore , quod jus civile quodammodo exigebat , septem testibus adhibitis , & subscriptione testium , quod ex constitutionibus inventum est , & ex edicto Prætoris, signacula testamentis imponerentur : ita ut hoc jus tripartitum esse videatur : & testes quidem , eorumque præsentia, uno contextu , testamenti celebrandi gratia à jure civili descendant : subscriptiones autem testatoris & testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur : signacula autem & testium numerus ex edicto Prætoris.*

NOTÆ.

3. *Septem testibus adhibitis*) Specialiter rogatis , aut certioratis se ad testamentum adhiberi, *d. l.* 21. §. *pen.* Ex *Nov. Leon.* 41. quinque sufficiunt : quod jus in Oriente receptum fuit. Græci *ad l.* 5. *D. si tab. test.* Harm. *lib.* 5. *tit.* 1. §. 47. Basil. 35. *tit.* 1. & 3. & *lib.* 45. ἡ δὲ συνήθεια ἐπὶ πάσης διαθήκης πέντε μάρτυρας ἐδέξατο.

Quodammodo) Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo in vicem ponderatoris & familiæ emptoris à Prætore substituti. VINN. Immo in civem ponderatoris vel libripendis & antestati. Vid. Caj. *Inst. lib.* 1. *tit.* 6. §. 3. HEIN.

Subscriptiones testatoris , &c.) Ita constitutum à Theodos. *l.* 21. *C. eod.* additumque , si testator litteras ignoret , vel subscribere nequeat , octavum ut subscriptorem adhibeat. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria , ut alterutro omisso , testamentum vitietur , *l.* 22. §. 4. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Recepto testamento mixto , quale hic describitur , non statim antiquata testamenta per æs & libram , neque vim testamenti prætorii enervatam.*

2 *Numerum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis , non cùm quod obscurius dictum est , postea testator explanat.*

3 *Subscriptiones testium jam tempore mediæ jurisprudentiæ in usum fuisse.*

4 *Leze Cornelia testamentaria edictum Prætoris de obsignandis tabulis confirmatum.*

5 *In testamento scripto non exigi , ut testis intelligat sermonem testatoris.*

6 *Testes rogatos adesse oportere : nec non alia quædam scripto testamenta cum nuncupativo communia.*

7 *Quid sit , uno contextu actus testatori : & , num contractus in testamento aut inter testandum celebrari queant.*

8 *An non obstante solemnitatis alicujus omissione voluntas testatoris obliget in foro conscientiæ.*

TAm ex usu hominum , quàm ex constitutionum emendatione) Sensus est , cùm duo 1
essent simplicia testamentorum genera, unum civile , alterum prætorium , usu hominum jus civile cum prætorio hac in parte coaluisse , atque inde mixtum extitisse testamenti genus ex utroque illo jure collectum, quod & constitutionibus postea probatum sit; addito , ut testator & testes omnes subscriberent : ut adeo forma conficiendi per scripturam testamenti , qua posterior ætas uti cœpit, quamque Justinianus hìc describit , ex triplici jure conflata sit ; ex jure civili antiquo , ex novo constitutionum Principalium , atque ex jure honorario. Per hoc tamen non statim antiquata fuit civilis ratio testandi per æs & libram , Ulpian. *tit.* 28. §. 8. neque prætorii testamenti vis aut usus sublatus : de que sub §. *non tamen.* 6. *infr. quib. mod. test. inf.*

Uno eodemque tempore) Hæc subtilitas ex jure civili est , *l. qui testam.* 20. §. *& veteres.* 8. *l. hæredes palam.* 21. §. *ult. hoc tit. l. cum antiquitatis.* 28. *C. eod.* Est enim ex jure civili, quod actus solemnes & legitimi continui esse debent & uno contextu absolvi , *l. continuus.* 137. *de verb. obl. l.* 12. *de duob. reis.* Ait autem , *quod jus civile quodammodo exigebat. Quodammodo* , id est , *fere.* Additum , quia ait, *septem testibus adhibitis.* Nam jus civile quinque tantùm testes exigebat , reliqui duo pro libripende & familiæ emptore à Prætore substituti : & ideo paulo post juri civili adscribit dumtaxat actus continuitatem & testium præsentiam ; numerum testium juri prætorio. Il- 2
lud notandum est,numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti , sive cùm de substantialibus , ut loquuntur , testamenti quæstio est : non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve : post solemnia testator explanat ; veluti si cùm Titio centum legasset , & multos Titios amicos haberet , postea declaraverit, de

de quo senserit, *d. l. heredes palam.* 21. §. 1. *hoc tit.* Leo quinque testes sufficere voluit, *Nov. Leon.* 41. quod receptum in Oriente, *Græc. lib.* 45. *Basil. tit.* 1.

Subscriptionem testium) Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum à Theodosio *l. consultissima.* 21. *C. eod.* additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum ut subscriptionem adhibeat. Cæterum ex constitutione Justiniani, si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, *l. cum antiquitas.* 28. §. 1. *C. eod.*

3 Quo tempore, aut a quo primum Principe testium subscriptio introducta sit, incertum est. Illud constat, jam apud antiquiores ita jus fuisse, atque adeo ætate Jurisconsultorum Pauli & Ulpiani, *l. ad testium.* 22. §. 4. *l. pen. hoc tit.* quos Papinianum assessores habuisse, à Lampridio proditum est.

Ex edicto prætoris signacula) Obsignationem testium esse ex edicto Prætoris indicant, *l. si testamentum.* 23. *eod.* §. *non tamen.* 6. *infr. quib. mod. test. infirm.* Ulpian. *tit.* 23. §. *si*

4 *septem.* Quamobrem quod M. Tullius, 3. *Verr.* meminit tabularum testamenti obsignatarum è lege, legem intelligens Corneliam testamentariam, rectè D. Wesembecius sic accepit, Syllam, quod jam ante ex edicto erat, lege sua comprehendisse, non ut edictum tolleret, atque ex lege à se lata in posterum signa adhiberi vellet, sed potius ut auctoritatem edicti confirmaret. Obsignatio autem argumento certissimo est, scripturam jure prætorio necessariam fuisse, ut obsignationis illius subjectum, cum jure civili, quod nec subscriptionem, nec obsignationem desiderabat, scriptura non omnino necessaria fuerit. Quamvis credibile sit, frequentius ob rei memoriam scripturam intervenisse: quod & tutius esse cœpit, postquam hæres emptor familiæ esse desiit. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria est, ut deficiente alterutra testamentum injustum sit, *l. ad testium.* 22. §. *quis.* 4. *hoc. tit.* teneaturque falsi crimine tabellio, qui non utramque adhibendam curavit, *l. jubemus.* 29. *in fin. C. eod.*

Et testes quidem & eorum præsentiam) Quod testium præsentiam requirit, non videtur esse proprium testium testamentariorum, sed commune omnium, qui ad actum aliquem celebrandum adhibentur. Non est autem satis cor-

5 pore testes præsentes esse, nisi & animo sint, intelligantque voluntatem testatoris. Neque tamen sermonis intelligentiam requirimus, sed placet sufficere, si vel sensu quis percipiat, cui rei adhibitus sit. Enim verò durare testes debent, donec suprema contestatio peragatur; invitos tamen retinere non licet: & si retenti sint, testamentum non subsistit. *l. qui testamento.* 20. §. *antepen. & seq. eod.* Ad hæc ro- 6
gati adesse debent, aut saltem si alterius rei causa collecti sint, ante testimonium certiorari, se ad testamentum adhiberi, *l. heredes.* 21. §. *pen. eod. l.* 21. *C. eod.* Neque hæc solemnitas, cùm sit extrinseca, præsumitur intervenisse, etsi in testamento scriptum sit, *præsentibus testibus infrascriptis*: sed juxta communem sententiam probari debet, nisi additum sit, *& cætera*, aut notarius nominatim rogationis fecerit mentionem. Viv. *comm. opverb. testes tam in testamento* Farinac. *lib.* 2. *de testib. tit.* 6. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 13. *req.* 8. *num.* 53. Graff. §. *testamentum. qu.* 58. Mantic. 2. *de conj. ult. vol. tit.* 12. Hoc amplius & in conspectu testatoris, testimonii officio fungi necesse est, *l.* 9. *C. eod.* Quapropter non est satis, ut quidam tradiderunt, testes oculatos esse, si testatorem ipsi non videant, forte velo aut cortina interjecta conspectum adimente, licet vocem ejus audiant: sed necesse est, ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat, alio forte subornato, qui vocem testatoris imitando simulet; ut ille, de quo Cynus restatur in *d. l.* 9. qui obrepserat mulieri simulando vocem mariti. Estque hæc receptior interpretum sententia, teste Sichardo *in d. l* 9. *n.* 2. ubi tradit, Glossam *in l.* 2. §. *idem Labeo.* 3. *de aq. pluv. arc.* contra sentientem communiter reprobari, add. Clar. §. *testamentum. q.* 59. Christin. *vol.* 4. *dec.* 7. *n.* 6. Graff. *d.* §. *testamentum. q.* 59. *n.* 4.

Uno contextu) Μιᾷ ὑφῇ, ἀδιαλείπτως, uno 7
eodemque die ac tempore, *l. hac consultissima.* 21. *C. hoc. tit.* nulloque actu ab instituto negotio alieno interveniente, *l. heredes palam.* 21. §. *ult. hoc tit. d. l.* 21. *C. eod.* nisi forte talis sit actus, quem ratio morbi testatoris, vel necessitas naturæ efflagitet etiam in testibus: quod pluribus explicat Justinianus, *l. cum antiquitas.* 28. *Cod. eod.* ut tamen si quid supervenerit, ob quod aliquis è testibus diutius abesse cogatur, alius testis substitui debeat, *d. l.* 28. Cæterum hæc non eo pertinent, ut testator teneatur eodem tempore & testes adhibere, & testamentum scribere, vel dictare, ac finire: sed ad nuncupationem testamenti sive ipsam testationem & declarationem voluntatis, cùm scilicet testamentum subscribendum & obsignandum testibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempo-

re

re testamentum conscribere; & scriptionem sæpius interrumpere, alio verò testes ad solemnia adhibere possit, non ambigitur, *d. l. 21. C. hoc tit.* Cùm igitur nudo actus contextu testari oporteat; negotioque alieno aut ad testamentum non pertinente interposito actus ille interrumpatur, vitieturque testamentum: hinc facile colligere est, quid judicandum sit de quæstione, quæ vulgo moveri solet, an contractus celebrari inter testandum possunt. Nam si contractus est actus extraneus & alienus à testamento, uti revera est; necesse est, actum testandi celebratione contractus interrumpi: veluti si testator, cùm jam cœpisset ordinare testamentum, & necdum absolvisset, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare instituat. Quòd si ita quæstio formetur, ut quæratur, an possit contractus fieri in ipso testamento; ne hoc quidem admittendum videtur. Quippe cùm contractus, qua talis, non intelligatur, nisi celebratus sit inter plures: at quæ testamento caventur, ab uno caventur testatore, atque ex unius illius voluntate stant & cadunt. Non obstat igitur, quod testamento libertum assignare licet, *leg. 1. §. 3. de assign. libert. §. ult. inf. eod. tit.* Siquidem assignatio liberti, licet propriè neque legatum sit, neque fideicommissum, *l. 7. d. tit.* vim tamen legati habet, dum jus patronatus, quod alioqui commune futurum erat, uni in solidum relinquitur. Sic pignoris, *l. non. est mirum. 26. de pign. act.* duorum, reorum, *leg. 9. de duobus reis*, ususfructus, *§. 1. sup. de usuf.* servitutum, *§. ult. sup. de serv. præd.* testamenti constitutio, contractus non est. Neque etiam cùm hæc testator constituit, cum alio contrahit, neque etiam ullo modo naturam contractus aut conventionis sapit: sed ut cætera, quæ testamento caventur, legantur, aut relinquuntur, revocari possunt. Gravissima hìc moveri solet quæstio,
8 an si legitimus numerus testium adhibitus non fuerit, aliudve quid meræ solemnitatis in testamento omissum, veluti si testes rogati non sint, aut tantùm subsignaverint sive subscripserint, non etiam obsignaverint, tale testamentum saltem in foro conscientiæ hæredem ab intestato, cui de voluntate testatoris constat, non obliget ad restituendam hæreditatem hæredi scripto, & ad legata præstanda. Obligare negat Domin. Soto *lib. 4. de just. & jur. quæst. 5.* Clar. *3. sent. quæst. 90.* Covar. *in c. cum esses. x. de test.* Ajunt Ludov. Molin. *de just. & jur. tract. 2. disp. 81.* Mantic. *lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 14.* Vasq. *de success. creat. §. 1. n. 23. & seqq. & de success. progress. §. 3. n. 3.* Diod. Tulden. *C. de testam. n. 8.* Christin. *vol. 4. dec. 34.* quibus assentior. Nam cùm in foro conscientiæ sola veritas spectetur secundum simplicitatem juris naturalis, *c. 1. dist. 1.* sufficit ad conscientiam devinciendam, ut subsit aliqua obligatio. Qualis autem ea sit, civilis, ex qua etiam agi possit, an naturalis, quæ ad petendum in foro externo inefficax, nihil interest. At in quæstione proposita, si hæredibus certo constet de voluntate defuncti, nullamque fraudem intervenisse, ad quam avertendam solemnitas omnis juris civilis comparata est, non potest non subesse naturalis obligatio, *fac. leg. 2. C. de fideicom. leg. cùm amplius. 84. §. 1. de R. I. leg. 5. §. si quis. 15. de don. int. vir. & uxor. §. ult. inf. de fideicom. hær. l. ult C. eod.* Quod etiam bone intellexit Plinius, qui ob id sæpissime scripsit, voluntatem defunctorum, etiamsi jure deficiatur, bonis hæredibus pro jure esse, *lib. 2. epist. 16. lib. 4. epist. 10. lib. 5. epist. 7.* Eoque pertinet & illud Senecæ: *Angusta innocentia est, secundum leges* (intellige *civiles*) *bonum esse.* Nimirum lex conscientiæ, quæ eadem & naturæ, legibus civilibus non mutatur, sed una & apud omnes eadem est & semper fuit, utpote cordibus omnium hominum divinitus inscripta. Hæc lex cùm in corde loquatur, & dictet, voluntatem defuncti quamvis irritam, si juris solemnitatem respicias, servari oportere, utique qui tam non servat, contra conscientiam facit. Non obstat, quod lex civilis, quæ solemnitates introduxit, justa est, & ad communem Reipub. utilitatem condita, ne quid scilicet falsitatis in ordinandis testamentis committatur. Nam in quæstione nostra præsupponimus, testamentum esse verum & sincerum, deque eo hæredi constare; quod solum in foro conscientiæ consideratur. Et ex converso igitur salva pietate retineri quoque poterit, saltem quamdiu ei non contradicitur, quod relictum est testamento propter deliquium solemnitatis alicujus jure civili invalido. Mant. *& alii sup.* Grot. *lib. 3. de jur. belli & paccap. 7. num. 6.*

TEXTUS.

Solemnitas addita à Justiniano.

4. Sed his omnibus à nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris, vel testium, nomen hæredis exprimatur, & omnia secundùm illius constitutionis tenorem procedant.

No-

Notæ.

4 *Nomen hæredis exprimatur*) *L.* 29. *C. eod.* quod tamen abrogatum, *Nov.* 119. *c.* 9. ut jam summa solemnitas iterum ad ea redeat, quæ comprehensa §. *præced.* In quibusdam paganorum testamentis etiam de illa ipsa solemnitate aliquid remissum, *l.* 8. *l.* 21. §. *pen. l. ult. Cod. eod.* & tota fere in testamentis parentum inter liberos, *d. l.* 21. §. 1. & *auth. quod sine C. eod. Nov.* 107.

Commentarius.

1 *Quod hoc §. constituitur, pugnare cum principali fine testamenti scripti: tollere etiam id, quo hoc testamentum maximè differt à nuncupativo.*

2 *Quibus in testamentis paganorum, & quatenus solemnitates remissæ.*

3 *Jure Canonum ut ratum sit testamentum, satis esse, duos testes cum Parocho adhiberi; quod mores hodierni fere sequuntur*

A Nostra constitutione) Extat in *l. jubemus.* 26. *C. hoc tit.* Jubet autem Justinianus, ut præter cæteras solemnitates, quas supra commemoravimus, etiam hæc adhibeatur, ut testator nomen hæredis vel in sua subscriptione aliave parte testamenti exprimat, vel coram testibus nuncupet, si litterarum imperitus sit, aut propter morbi acerbitatem
1 scribere nequeat. Quæ Justiniani constitutio prope est ut pugnet cum principali fine, ob quem testamenta per scripturam fieri initio utile visum fuit, scilicet ut testator securitatis suæ causa nomen hæredis celare posset: & tabulas chartasve, in quibus scriptus esset, clausas vel involutas testibus signandas & subscribendas proponere: unde huic testamento nomen mystici. Tollitque adeo id, quo scriptum testamentum maximè differt à nuncupativo, cujus proprium est, ut præsentibus testibus nomen hæredis nuncupetur, §. *ult. inf. eod. l. hæredes.* 21. *pr. eod.* Atque ideo etiam, ut opinor, quod & *hic*, & *in d. l. jubemus.* de suo Justinianum adhibuit, iterum dempsit ac remisit *Nov.* 119. *c.* 9. ut jam summa solemnitatis in testamento scripto requisitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehensa sunt §. *præc.* & apertius paulo constitutione Theodosii, *l. hac consultissima.* 21.
2 *C. eod.* Ex hac tamen solemnitate aliquid remissum est in quinque testamentorum generibus. 1. In testamento parentum inter liberos: siquidem hujusmodi voluntatem etiam ex testamento imperfecto valere placuit, *d. l.* 21. §. *C. hoc tit.* & nuncupata quidem parentis voluntas omnimodo rata est, dum ea constet, ut de cæteris rebus, id est, saltem duobus testibus, scripto autem declarata, si & tempus testamenti facti, & nomina liberorum, & uncias, & res, quas inter liberos distributas velit, expresserit; idque clarè & plenis litteris, non notis aut signis, debetque parens aut ipse hæc scribere, aut saltem manu sua subscribere. *Nov.* 107. *unde auth. quod sine. C. eod.* & *ib. DD.* Clar. §. *testamentum. quæst.* 8. Mynf. 5. *obs.* 28. Gail. 2. *obs.* 112. Christin. *vol.* 4. *dec.* 7. & 8. Grot. 2. *manuduct.* 16. Dekher. *dissert.* 2. *lib.* 2. D. Jac. Coren. *rer. jud. obs.* 39. plenissimè Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 5. add. *nostra lib.* 2. *sel. quæst. cap.* 17. & *seq.* 2. In testamentis rusticanorum, quibus permissum quinque testes adhibere, si plures non reperiantur, remissæ item subcriptiones si litterari desint, *l. ult. C. eod.* 3. In testamento quoque tempore pestis facto de solemni numero testium quid remittendum censent Interpretes, vid. Mynf. 1. *obs.* 96. Gail. 2. *obs.* 118. Peck. 3. *de testam. conjug.* 18. Præs. Everhard. *Cons.* 61. quod quidem rationem habet, utique si pestis sit vehemens, & testator ipse eo morbo laboret, Clar. §. *testamentum. quæst.* 56. *n.* 3. Christin. *vol.* 4. *decis.* 6. *n.* 5. At jure nostro hoc tantùm remissum hoc casu videtur, ut non necesse sit testes septem simul jungi, junctosque eodem tempore subscribere & signare, *l.* 8. *C. hoc tit.* quamquam contrarium passim usu receptum, teste Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 4. & *ibi cit.* De moribus nostris ambigit Grot. 2. *introd. c.* 17. sed vide Groenev. *de leg. abrog. ad d. l.* 8. In omni testamento ad pias causas quævis voluntas suprema, vel coram duobus testibus testata Canonibus rata habetur, *cap. relatum.* 11. *x.* *hoc tit.* Postremo in testamento posteriore, in quo scripti sunt hæredes, qui ab intestato ad hæreditatem vocantur, placuit sufficere quinque testium juratorum depositiones; ac infirmato priori testamento, posteriorem hanc valere voluntatem, non tamquam testamentum, sed tamquam voluntatem ultimam intestati, *d. l.* 21. §. *pen.* & *ib. DD. hoc tit.* In universum autem jure Canonico, ut ratum sit quolibet testamentum, 3
sufficit duos testes cum Parocho adhibuisse, *cap. cum esses.* 10. *x.* *eod.* Neque enim potest hic canon restringi ad testamenta ad pias causas, quod quidam faciunt propter *d. cap. relatum eod.* Nam in *d. cap. cum esses.* Alexander

der tertius id in omni testamento generaliter constituit, nominatim improbata constitutione juris civilis de septem testibus adhibendis, ut nimis longè recedentem ab eo, quod scriptum est: *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum.* Et licet nonnulli existiment, causam nullam fuisse, cur Pontifex id, quod bene, ut ajunt, ad fraudes hominum avertendas, *l. ult. C. de fideic.* jure civili constitutum fuit, mutaret: tamen constitutionem Pontificiam usus fere probavit: qui & alias ægrè patitur nimis se longè abduci à simplicitate juris naturæ.

TEXTUS.

De annulis quibus testamenta signantur.

5. Possunt autem omnes testes & uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed & alieno quoque annulo licet signare testamentum.

COMMENTARIUS.

1 *Etsi tutius est alieno annulo signantem in subscriptione id profiteri; tamen & eo omisso testamentum subsistere.*

2 *Quod hìc de usu annuli alieni traditur, non pertinere ad personas publicas, quæ ex officio sigilla instrumentis apponunt.*

3 *Utrum annulo dumtaxat testamenta signare liceat, an & alio instrumento characterem habente?*

CUm testes omnes testamentum solemne: quod per scripturam ordinatur, signare oporteat; quæsitum est, an necesse sit, singulos testes singulis annulis & unumquemque proprio signare; an verò uno possint omnes, & eo quoque alieno? Et placuit, posse omnes signare & uno annulo, qui scilicet unius ex testibus sit, & item alieno? qui nullius sit eorum, sed vel testatoris, vel alterius cujuscumque, *l. ad testium. 22. §. 2. eod. l. 12. C.*
1 *eod.* Quod quamquam interpretes vulgo ex Durandi sententia sic temperant, ut existiment, debere eum, qui non suo, sed alieno annulo signat, id in subcriptione profiteri, ne in crimen falsi incidat; tamen ego Joan. Fabro & Viglio, quos etiam nunc plerique sequuntur, assentior, confitentibus quidem tutius esse, si mentio ejus rei in subscriptione fiat: cæterum, & eo omisso, testamentum nihilominus subsistere putant propter simplicem & generalem definitionem juris civilis hoc loco & supra *dd. ll.* traditam. Pœnam verò non mereri, quod fit lege permittente, *l. Gracchus. 4. C. de adulter.* Sed & jus prætorium, quod præter signa testium nihil requirit, hac in parte non discrepare à jure civili. Igitur etsi facilius agnoscitur signum impressum annulo alieno, cùm id in subcriptione annotatum est, cùm tamen & sine eo recognosci possit, & vel ex eo etiam facile, quod quisque testis ex constitutionibus subscribere debet, qui & cujus testamentum signaverit, *l. pen. hoc tit.* non putaverim, vitiari testamentum signatum annulo alieno, ob id, quod signator non adjecerit, annulo alieno se signasse. Unde tamen minimè efficitur, quod docuit Bart. in *l. 2. test. quem aper.* mortuo uno ex testibus ante apertas tabulas, testamentum concidere. Nam cùm inspectio sigillorum non pertineat ad formalem aliquam testamenti solemnitatem, sed ad probationem dumtaxat voluntatis, cur si ea aliunde probari queat, non substineatur defuncti judicium? Et qnid si unus è testibus mutns, surdus, cæcus aut furiosus factus fuerit? vid D. Vigl. *ad §. sed cum 7. hoc tit.* ubi multas contra Bart. allegat auctoritates. Planè quod hic de usu annulli alieni in signando traditur, trabendum non est ad personas publicas, quæ sigilla ex officio instrumentis appendunt, & verbi causa Notarios. Nam ab his præcisè tequiritur, ut sigilla sua apponant, idque au- 2
ctoritatis & fidei publicæ causa, atque ut in dubio ex unius cum altero comparatione cognosci possint. *Nov. 73. c. 6.* Testium autem in testamento non sigilla; sed obsignationem lex requirit, ut cùm opus est, signum recognoscentes, se id apposuisse testificentur. Nam ita institutum fuit, ut cùm ad aperiendas tabulas testamenti ventum esset, priusquam resignarentur, Prætor signatores convenire cogeret, & sigilla sua recognoscere, *l. 4. l. 7. testam. quem. aper.*

Quid enim si septem annulli una sculptura fuerint?) Quasi dicat, nemini mirum videri debere, quod testibus permissum sit signare uno eodemque annulo. Fieri enim posse, ut septem annulli, quamtumvis singuli singulorum sint, eamdem habeant figuram, καὶ τὸν αὐτὸν χαρακτῆρα. Neque tamen ob id minus testamentum consistere. Potest verò id etiam hodie contingere, veluti si plures ex eadem familia ad signandum adhibeantur, cùm nunc agnatorum omnium eadem sint insignia, nec amplius nomen in circumferentia annulli signatorii poni soleat.

Sed

Sed & alieno annullo) Qui ſcilicet nullius è teſtibus ſit. Ex eo autem quod annulli plerumque mentio fit, non ſatis rectè colligitur, alio inſtrumento ſignatoria teſtamenta ſignari non potuiſſe: dici enim poteſt, idcirco id fieri; quia frequentius annullis veteres ſigna-
3 bant. Et tamen de eo dubitatum fuiſſe, obtinuiſſeque, ut tantùm annulo ſignare liceret, conſtat ex *l. ad teſtium.* 22. §. *ſignum.* 5. *hoc tit.* quod ad ſcrupuloſam teſtandi ſubtilitatem Cujac. *lib.* 4. *obſ.* 11. refert: alii etiam ad facilitatem probationis, *quia notior ſit character* annuli, qui in digitis geſtari ſolet. Sed iſta ratio nullius pretii; nam & alieno annulo ſignare licet. Et quid ſi idem ſit character inſtrumenti & annuli; tunc enim nullo modo dignoſci poterit, utrum annulo, an alio inſtrumento ſignatum ſit. Et puto, Juriſconſultum in *d. l.* 22. §. 5. annuli appellatione non tam intelligere figuram annuli geometricam, quàm ſculpturam; nec excludere voluiſſe inſtrumentum, quod eamdem ſculpturam cum annulo habeat, ſed aliud ſignum impreſſum, diverſum à charactere annuli: cujuſmodi forte inſtrumentis veteres uſi ad alia, quàm litteras aut tabulas obſignandas. Id quod etiam verba Juriſconſulti indicant: *variè enim*, inquit, *homines ſignat.* Quod omnino accipiendum eſt de varietate characteris, non de materia aut forma inſtrumenti ſignatorii geometrica. Etenim qui in ſignando eodem ſemper charactere utitur, licet diverſis inſtrumentis, quibus inſculptus eſt, non variè ſignat, ſed uniformiter. Et quæſo, ſi idem character eſt, quid intereſt, utrum inſtrumentum rotundum, an triangulum aut quadratum ſit? Aut quomodo id dignoſci poterit? ac proinde etiam abſurdum non eſt, ſi annulo ſignaſſe dicatur, qui ſignavit inſtrumento, quod characterem annuli inſculptum habet. Quamobrem prope eſt, ut aſſentiar Baroni, Hotom. Weſemb. ad *hunc.* §. & Donello 6. *comm.* 8. qui locum Ulpiani in *d. l.* 22. §. 5. legendum putant, interpoſita negatione, *& magis eſt*, *ut non tantùm annulo.* Quod & temperamentum ſubjectum, *dum tamen habeat χαρακτῆρα*, quodammodo poſtulat. Et ita quoque Bartolus legiſſe videtur argum. ſummarii *d.* §. 5. & Joan. de Platea, qui iſtum §. citat ad probandum, quod ſcribit, non annulo tantùm, ſed alio quoque inſtrumento ſignatorio poſſe ſignari. Mich. Attaliat. *ſynopſ. t.* 31. *ἐν δακτυλίῳ, ἤτοι βυλλωτηρίῳ.* Atque ita & doctiſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. cap.* 10. *pag.* 456. Alii malunt, retenta lectione cum D. Counano, 9. *comm.* 2. Ulpianum intelligere de teſtibus, qui plura ſigna habent, unum in annulo, alterum & diverſum in re alia impreſſum: ut hi potius annulo ſignare debeant, quam alio ullo inſtrumento; quia id ſignum, quod in annulo eſt, magis cujuſcumque proprium eſſe putatur, magiſque notum & certum eſt. Hodie hæc quæſtio ſupervacua eſt, cùm teſtes ſubſcripſiſſe ſufficiat, ſigna eorum non requirantur, ſed ſolius ſigillum Notarii. Jac. Vervey *art. teſtand. c.* 9. De more & modo ſignandi apud veteres uſitato adi D. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.* 11. Vinn. Cave aliquid mutandum, vel particulam ſalutarem *non* intrudendam exiſtimes *in l.* 22. §. 5. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* Nec enim codices addicunt, nec verba: *dum tamen habeat χαρακτῆρα* id flagitant: dantur enim & annuli, qui non habent χαρακτῆρα. Quod autem annulos abſciſſe exigerentur veteres, ejus rei rationem eadem lex videtur reddere. *Variè enim homines ſignant*, inquit Ulpianus. Alio typo utebantur domi in ſignandis celis pecuniariis, lagenis, cujus uſus etiam patebat matribusfamilias: alio utebatur paterfamilias in obſignandis litteris & inſtrumentis, eumque fere annulo inſculptum circumferebat. Loca veterum non adſcribo. Adi Lipſ. ad Tacit *Ann. II.* 2. & adde Suet. *Aug. cap.* 50. Non itaque annulus in *l.* 22. opponi videtur typario alterius formæ, ſed alterius uſus, veluti, quo domi ad ſignandas cellas utebantur. Hein.

Textus.

Qui teſtes eſſe poſſunt.

6. Teſtes autem adhiberi poſſunt ii, cum quibus teſtamenti factio eſt. Sed neque mulier, neque impubes, neque ſervus, neque furioſus, neque mutus, neque ſurdus, neque is, cui bonis interdictum eſt, neque ii, quos leges jubent improbos inteſtabileſque eſſe, poſſunt in numerum teſtium adhiberi.

Notæ.

6. *Neque mulier*) Hoc ex eo, quod in omni mancipatione teſtes tantùm maſculi admiſſi. Nam his verbis, *cives Rom. puberes*, mares ſignificantur: add. Schol. Harm. *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52.

Neque impubes) Livius apud Priſcian. *lib.* 8. *Impubes libripens eſſe non poteſt, neque anteſtari*, id eſt, *neque teſtis fieri*, paſſivè. autem *anteſtari*, eſt teſtem facere, *μαρτύρεσθαι*. *v.* Salmaſ. *ad jus Attic. pag.* 811.

Neque prodigus) Is, cui bonis interdictum eſt.

est, *l.* 11. *pr. D. eod.* Bene Græci; ὁ πολυώμενος διατίθεσθαι ὅτι μαρτυρεῖ ἐν διαθήκῃ. Basill. *tit.* 1.

COMMENTARIUS.

1 *Communem testium habilitatis notam esse, si sit cum iis testamenti factio: & quid hoc sit?*
2 *Cur à testimoniis testamentariis arceantur mulieres?*
3 *Cur non admittatur surdus, cùm adhiberi possit, qui sermonem testatoris non intelligat?*
4 *Utrùm cæcus adhiberi possit?*
5 *Qui dicantur intestabiles, & an hi quoque testamenti factionem passivam habeant?*

NOn satis est, septem testes ad testamentum adhibitos esse, etiam conditionem cujusque inspici, & non nisi idoneos admitti placuit. Et rectè: quippe cùm fides testationis non tam firmetur numero testium, quàm auctoritate, per *l.* 3. §. 2. & 3. *de testibus.* Estque fere tota hæc tractatio de habilitate testium nuncupativo testamento cum scripto & mystico communis.

Cum quibus testamenti factio est) Hæc communis nota est testium habilitatis, si sit cum iis testamenti factio, id est, si hæredes instituti aut ex alieno testamento vel sibi vel alii
1 acquirere possunt. Nam quatenus quis jus habet faciendi testamenti, non rectè dixeris esse tibi cum eo testamenti factionem, ut bene recentiores notant. Et propriè item loquitur Imperator, cùm dicit, *cum quibus testamenti factio est*, non qui testamenti factionem habent: siquidem testamenti factio activæ significationis est, ut propriè dicatur testamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 8. *in fin l. is cui.* 18. *l. si filiusf.* 19. *hoc t. l.* 1. §. *exigis.* 8. *de bon. poss. sec. tab. l.* 3. *C. de apostat.* At qui ipsi testamentum facere non possunt, sed tantùm ex testamento capere, cum iis rectius dicitur esse vel haberi testamenti factio, ut in §. 2. *inf. de hær. inst.* §. *legari.* 2[?] *inf. de legat. l. non minus.* 32. *l. si alienum* 49. §. 1. *de hær. inst. l.* 7. *pro legat:* quàm eos habere testamenti factionem. Quamquam hæc verborum proprietas perpetuo non observatur, ut videre est in *leg. filius famil.* 26. *hoc tit. leg. ult. pro hær.* §. *in extraneis.* 4. *inf. de hær. qual.* quibus in locis testamenti factionem habere dicuntur etiam illi, qui tantùm capere ex testamento possunt. Unde factum, ut docendi gratia interpretes testamenti factionem distinxerint in activam & passivam. VINN. Sed si exempla convenire debent regulæ, dicendum est, cum iis fuisse testamenti factionem, qui olim in comitiis adesse, & suffragium ferre de aliorum testamentis poterant. Cùm iis enim etiam postea erat testamenti factio per æs & libram, non cum aliis. Ex hoc fundamento facile reddes rationem cur testes esse non potuerint mulieres, impuberes, servi, furiosi, quum tamen hæredes institui possint. HEIN.

Sed neque mulier, neque impubes, &c.) Enumeratio personarum, quas varias ob causas in testamento testes esse probibentur, & quidem simpliciter in testamento cujusvis. Cur 2 mulier hic testis non admittatur, cùm alias jus dicendi testimonii habeat, *l. qui testamento.* 20. §. *mulier.* 6. *h. tit. l. ex eo.* 18. *de test.* non una ratio reddi potest. 1. Quia cùm certum numerum testium ad actum aliquem lex requirit, intelligitur requirere testes graves & omni exceptione majores, in quos judici non liceat postea inquirere: talis autem non est mulier. 2. Quia sexus muliebris non satis sagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in subornandis testamentis strui solent. 3. Quia hic numerus testium non tantùm requiritur ad probationem actûs, sed etiam ad constitutionem: leges autem veteres, teste Scholiaste ad Harmenopulum, *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52. ἐν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις μὴ μαρτυρεῖν τὰς γυναῖκας ἀποφαίνεται. Συστατικὰς μαρτυρίας, hoc est, *testimonia constitutiva*, quæ faciunt, ut negotium consistat, (Mercerus vertit *commendatoria*) opponit ἀποδεικτικαῖς id est, *demonstrativis*, sive quæ adhibentur dumtaxat probationis causa. 4. Quia testatio supremæ voluntatis non est actus repentinus, aut fortuitus, ut nihil necesse sit, ubi viri honesti haberi possunt, accire fœminas, per *Nov. de testib.* 90. *cap.* 1. Quibus rationibus item moveor ut credam, ne in codicillis quidem mulierem testem esse potuisse, contra quam sentiunt Vigl. & comm. DD. Mitto, quod solemnis illa testandi ratio per familiæ mancipationem; unde qualitas testium, masculos tantùm testes admisisse videtur, uti reliquæ quoque mancipationes & contractus, qui fiebant per æs & libram: & quod Romani turpe & verecundiæ sexus minimè conveniens putaverunt, fœminas cum viris hujusmodi negotiis interesse. Et hoc etiam moribus nostris consentaneum videtur. Groenevv. *de ll. abrog. hic*, & §. *ult. inst. de condicill.* Cyprian. *cens. Bel.* Impubes testes non admittitur, propter imperfectum animi judicium: quam ob causam nec aliis in negotiis testimonium ejus recipitur, *leg.* 3. §. *leg.* 5. *l. inviti.* 19. §. 1. *de testib.* In causa autem testamenti hoc speciale

le esse existimatur, quod nec pubes factus testimonium pro testamento dicere possit, ad quod impubes adhibitus fuit, cum in aliis causis testimonii dictionem habeat post pubertatem de his, quæ impubes vidit: utique si testetur de iis, quæ verisimiliter ab impuberibus capi possunt, & quæ vidit, cùm jam esset pubertati proximus. Joan. Fab. Vigil. *bic*. Oldend. *part*. 4. *de testib. nu*. 12. ex sententia communi. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionem habet, *d. leg. qui testam*. 20. §. *servus*. 7. quæ ratio etiam peregrinos removet, *l. sunt quidam*. 17. §. 1. *de pœn*. & nominatim lex desiderat cives Romanos. Furiosus nihil intelligit: cæterum si remissionem habet, poterit eo tempore adhiberi, *d. l. qui testamento*. 20. §. *ne furiosus*. 4. Mutus pro testimonium, quid
3 actum sit, eloqui non potest. Surdus quid dicatur, sensu non percipit: immo nec moneri potest, quid testator acturus sit; plurimumque qui surdus, idem & mutus. Testes autem in dicendo testimonio interrogandi; per *l*. 1. *testamenta quem. aper*. nec testimoniis, sed testibus credendum, *leg*. 3. §. 2. *de testib*. Hinc etiam intelligitur, cur potius, quam surdus, admittatur qui sermonem testatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri potest, cui rei adhibeatur, & ipse testimonium dicere; singula enim percipere nihil necesse est, *d. leg. qui testamento*. 20 §. *pen*. utique cùm testamentum per scripturam sit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribusque & sermoni testium permittitur. De cæco nihil traditum. Sed non
4 posse eum adhiberi, rectè censet Wesemb. & Bachov. quoniam testatorem videre non potest, quod in omni testamento requiritur, *l*. 9. *C. eod*. nec signum recognoscere, quod in scripto, *l*. 4. & 7. *testam. quem. aper. fac. l*. 1. §. 5. *verf. casum. de postul*. Prodigis notam inurit administrationis bonorum interdictio, fidemque testimonii eorum elevat: atque adeo in toto pene jure civili prodigi pro furiosis, & eadem conditione, qua furiosi, habentur, *l*. 1. *de curat. fur. l*. 12. *in fin. de tut. dat. l. furiosi*. 40. *de reg. jur*. Congruit *l. is cui leg*. 18. *in pr. boc tit*.
5 *Improbos intestabilisque*) Intestabilis dicitur, cui nec testamentum condere licet, nec testimonium alteri dicere; & cui vicissim nemo testimonium dicere tenetur, uti quisque tenetur civi honesto, si denuntiatum sit, *l. is cui*. 18. §. 2. *l. cum lege*. 26. *boc tit*. Ex Senatusconsulto intestabilis, qui ob carmen famosum damnatus est, *d. l*. 18. §. 1. *l*. 5. §. *si quis*. 9. *de injur*. Ex constitutionibus, apostatæ & hæretici, *l*. 3. *C. de apostat. l*. 4. *C. de haret*. & *Manich. l. hæreticus*. 44. *C. Theod. de his qui sup. reb*. Ex duodecim tabulis, antestatus & libripens, si postea testimonium perhibere detrectassent. Verba legis refert Gellius *lib*. 15. *cap*. 13. *Quoi se fierit antestarier, libripensve fuerit, nei testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto*. Ita locum istum obscurum & depravatum antea restituit Marcilius, *cap*. 5. *leg. duob. tab*. quod male processerat Cujacio. De eo quæsitum, an is, qui intestabilis dicitur, nec hæres institui potuerit, aut alias ex testamento alieno capere: nam cæteros omnes, quos hic commemorat Justinianus, constat, testamenti factionem passivam habere. Et quidem hæreticis nominatim hæc tria denegantur, testimonii dictio, testamenti factio, successio tam ex testamento, quàm ab intestato, *d. l*. 3. *C. de apostat*. De aliis expressè tantum non est, ne hæredes instituantur. Ex eo tamen quod Cajus scribit, cùm lege quis intestabilis esse jubetur, hoc etiam eo pertinere, ut ne ipsi dicatur testimonium, *d. l. cum leg*. 26. *boc tit*. sequi omnino videtur, ut nec hæres institui possit. Neque enim arbitror defendi posse, testatori dumtaxat, non etiam hæredi, de cujus solius commodo agitur, testimonium perhiberi. Facit huc *l. imperialis*. 23. §. 3. *C. de nupt*. qua permittitur mulieribus scenicis post impetrationem principalis rescripti, & condere testamentum, & aliis succedere. Inde enim duo colligimus, & scenicas fœminas intestabiles habitas fuisse, & qui intestabiles essent, hæredes non potuisse institui. Itaque non satis accurati sunt compilatores, qui intestabiles cum superioribus, quos omnes hæredes institui posse constar, una exceptione à regula eximunt, quasi & ipsi alioqui ad regulam pertinere videantur.

Textus.

De servo, qui liber existimabatur.

7. *Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam Divus Adrianus Catoni, quàm postea divi Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat, factum esset: quum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, nec quisquam esset, qui statur ei quæstionem moveret*.

No-

Notæ.

7. *Testamenti faciendi tempore*) Hoc tempore inspicietur testium conditio, non tempore mortis testatoris, *l.* 22. §. *eod.* idque ex Principum liberalitate obtinuit etiam in habilitate putativa, ut loquuntur.

Omium consensu) Totius civitatis, aut majoris partis civium. Quia ita se gerebat, ita agebat, sic muneribus fungebatur, ut publicè liber a plerisque haberetur, arg. *leg.* 3. *pr. de sen. Mac.* facit, *l.* 1. *C. h. t.*

Commentarius.

1 *Conditionem testium tempore testamenti facti spectari: non nocere, si quid eis postea contigerit.*
2 *Idem observari in habilitate putativa.*
3 *Confutatur eorum error, qui putant, testamentum corruere, si quis è testibus ante apertas tabulas moriatur, aut inhabilis fiat.*
4 *Quid verba hæc,* omnium consensu, *hic significent?*

Non tantùm numerus testium, sed eorum etiam qualitas & requisita conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria dumtaxat: adeo ut si vel in uno è testibus hujusmodi qualitas
1 deficiat, testamentum per se nullum sit. Enimvero conditionem testium inspici placuit, cùm testamentum signarent, non tempore mortis: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, puta si quis postea servus factus sit aut intestabilis, furere cœperit, aut prodigus esse; *l. ad testium.* 22. §. 1. & *ib.* Cujac. *hoc tit.* Quid ergo si quis adhibitus sit, qui quidem adhiberi prohibetur, sed qui communi opinione pro tali testamenti tempore habebatur, qui adhiberi potest, puta si servus adhibitus sit, qui omnium opinione liber existimabatur, & cui nemo eo tempore statum controversiam movebat? Testamentum nihilominus sponte sua vitiosum & injustum est, nec cmmunis error formam juris publici mutare potest. Cæterum quod per se momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate sustineri voluerint, atque ut Justinianus hic loquitur, ex liberalitate sua hujusmodi restamentis subvenerunt, ut perinde firma sint, ac si omnibus suis numeris ac partibus constarent. Ridiculum verò est, quod vulgo ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere: non enim error, sed in errore summa Principum auctoritas jus hoc benignè & speciali favore ultimæ voluntatis constituit.

Tam Divus Adrianus Catoni (quidam Codices habent Catonio, *Theophilus* Catonio Vero) *quàm divi Severus & Antoninus*) Rescriptum Severi & Antonini non extat. Adriani est in *l.* 1. *C. hoc tit.* unde tamen non satis expeditum quid juris esse debeat, si quis consignationis quidem tempore pro libero habitus sit, postea autem ante apertas tabulas in servitutem revocatus status controversiam passus fuerit. Nam Adrianus sua constitutione hoc tantùm significat, si quis testis pro libero habitus sit tempore testamenti, cui usque ad tempus aperiendarum tabularum nemo status controversiam moverit, testamento non obesse debere, quod nunc hæc quæstio ei moveatur. Unde effici videtur, non idem esse, si jam eo tempore servum esse appareat. Sed dicendum est, aut verba Adriani non ita accepta esse, quasi casus iste semper in hisce quæstionibus requiratur, sed expressa, quia id in ea controversia forte acciderat, de qua consultus erat; aut constitutione Severi & Antonini rem plenius postea definitam. Sanè Jurisconsultus simpliciter ait, testium habilitatem tempore testamenti facti spectandam; quod postea accidit, non nocere, *d. l. ad testium.* 22. §. 1. *hoc tit.* Hoc autem non tantùm pertinet ad 2
habilitatem veram, sed etiam ad putativam: quippe quæ eandem vim ex Principum liberalitate habeat. Atque ut nihil præter hunc locum haberemus, is solùm apertissimè ostendit, satis esse, liberum quem existimari tempore faciendi testamenti: nec ex eo, quod postea esse apparuit, testamentum vitiari. At dicat aliquis, cùm signatores tempore aperiendarum tabularum sigilla sua apud prætorem recognoscere & pro testamento testimonium dicere debeant, *l.* 4. & *seqq. test. qu. aper.* an non ex eo necessario sequitur, testamentum corruere, si quis è testibus, qui, cùm conderetur testamentum: pro libero adhibitus fuit, nunc, cùm aperiendum est, servus appareat? *arg. l.* 11. *C. de testib.* quo loco scriptum est, servos testimonii dictionem in judicio non habere. Non magis, inquam, quàm si quis è testibus ante apertas tabulas vita functus sit, aut furiosus, cæcus, mutus, surdus, &c. factus. Nam, ut rectè D. Viglius, sigil- 3
lorum ista inspectio requisita fuit, non ut formalis aliqua testamenti solemnitas, sed ad certiorem probationem voluntatis, & tunc, cùm testes adhuc viverent, aut tales essent, qui testimonium perhibere signis inspectis & re-

recognitis possent; testibus autem mortuis, aut inhabilibus ante id tempus factis, non idcirco statim voluntas defuncti concidit, cùm adhuc aliis argumentis & conjecturis sigillorum fides confirmari possit, maximè accedente adminiculo subscriptionis testatoris & testium: nam manus cujusque & subscriptio pluribus nota esse solet; poteftque etiam in dubio probari per litterarum comparationem. Fusius hac de re disputat D. Viglius contra veteres juris interpretes, qui putavere, vel uno teste ante aperturam tabularum mortuo, vel inhabili facto testamentum protinus irritum fieri; ostenditque, ex ea persuasione factum, ut vetus testandi forma pæne abolita sit, cœperintque curare homines, ut de testamentis instrumenta publica per Notarios fierent: quod olim fuit incognitum. At usitatum erat testamenta publicari, hoc est, actis insinuari, vel referri in acta publica; quod hæredes scripti fieri procurabant, ne si casu materia, in qua primum testamentum scriptum esset, intercidisset, proximi ab intestato negotium iis facesserent. Nam publicatum testamentum priori scriptura casu amissa plenam fidem sine alio adminiculo faciebat, *vid. l. 2. & l. testamenta. 18. C. hoc tit. & ibi.* D. Donell. Quod autem de servo rescriptum est, id non dubito, quin rectè producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in testibus testamentariis requirunt, si eadem ratio est; puta si impubes adhibitus sit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum simulans; prodigus, qui tempore conditi testamenti pro sano à plerisque habebatur. Idem enim favor, eadem benignitatis ratio testamentum, quod summo jure inutile, defendunt. Joseph. Ludovic. *commun. opin. 69. in 4. fallent.*

Omnium consensu) Donel. in *l. 1. C. hoc tit.* consensum sive opinionem cæterorum testium intelligit. Quod non placet. Quid enim, si hi nesciant servum esse, aut status controversiam pati, quod alii omnes in civitate sciant? Neque magis verba *omnium consensu*, ad testes solos restringi possunt, quàm illa quæ mox sequuntur, *nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret*, quæ itidem expressa sunt rescripto Adriani. Omnium igitur consensu sic potius accipiemus consensu omnium, qui in civitate sunt, opinione totius populi, aut certè majoris partis, quia publicè liber à plerisque habebatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, *arg. l. 3. in pr. de Mac. l. 3. §. 2. de testib.* Quam ob causam Jo. Fab. existimat, nec illud testamento nociturum, si unus & alter è testibus sciverit conditionem illius, & tacuerit. Putatque hoc amplius, locum esse huic constitutioni, etiamsi plures ejusdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti sint, *arg. d. l. 1. C. hoc tit.* quod & Bachovius videtur admitrere, dum nè pauciores quàm duo habiles sint & idonei. Latius hic spatiantur DD. dum quærunt, an gesta ab his, qui se pro scribis aut notariis gerunt, cùm non sint, sed communi errore tales habeantur, & instrumenta ab his facta, valeant. Et sic vulgo distinguitur, ut referat, utrum alicui publica auctoritate hujusmodi persona per errorem imposita sit, an quis ipse sibi privatim eam assumpserit: illo casu valere quod gestum est, *l. 3. de off. prat.* hoc casu acta non valere, & speciale esse, quod in casu hujus §. testamento succurritur, vid. Sichard. *ad d. l. 1. C. hoc tit. sub fin.* Jason. *ad d. l. 3.* qui de eo disputat accuratissimè.

TEXTUS.

De pluribus testibus ex eadem domo.

8. *Pater, nec non is, qui in potestate ejus est: item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.*

NOTÆ.

8. *Pater, nec non is, &c.*) *Ex l. pater 17. D. de testib.* ratio est in textu: add. *l. 22. pr. hoc tit.* Ulp. *tit. 20. §. 5.*

COMMENTARIUS.

Hic locus sumptus est ex *l. pater 17. de testib.* add. *l. ad testium 22. pr. hoc tit.* Ulp. *tit. 20. §. 5.* Dubitandi causa, ut mox indicatur, esse potest, quod plurium ex una domo testimonium suspectum videatur, propterea quod hi facile colludere, atque in unam eamdemque meditatam sententiam conspirare possunt, *& fac. l. 3. §. 1. de testib.* Sed subjungitur solutio; nimirum tale nihil hic metuendum, ubi plures ex uno domo testes adhibentur negotio alieno, unde nihil ipsi commodi sperent. Suspicionibus enim non usque adeo indulgendum esse, ut quisquam gratuito malus esse præsumi debeat. Quapropter quod dicitur in *l. 6. de testib.* testes idoneos non esse, quibus imperari potest, ut testes sint, rectè Glossa sic interpretatur, ut testes

sint

ſint in cauſa imperantis, eoſque pro ſe producentis. Ne quis putet, jus poteſtatis & filio imperandi obſtare, quominus pater ſimul & filius in alieno negotio teſtes eſſe poſsint. Neque ambigendum eſt, quin filiusfam. etiam patre invito teſtimonii dictionem habeat, cùm publica auctoritate teſtimonium denuntietur, cujuſmodi in cauſis jura patris interquieſcunt, *arg. l. 9. de his qui ſui vel al. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, in alienis negotiis (non enim in teſtamento dumtaxat hoc obtinet, *d. l. 17. de teſtib.*) diverſarum perſonarum numero haberi.

Textus.

De his qui ſunt in familia teſtatoris.

9. In teſtibus autem non debet eſſe is, qui in poteſtate teſtatoris eſt. Sed ſi filiusfamilias de caſtrenſi peculio poſt miſsionem faciat teſtamentum, nec pater ejus rectè adhibetur teſtis, nec is, qui in poteſtate ejuſdem patris eſt. Reprobatum eſt enim in ea re domeſticum teſtimonium.

Notæ.

9. *Poſt miſsionem, &c. nec pater ejus, &c.* Aliud tamen placuiſſe videtur Ulpiano & Marcello, *l. 20. §. 2. hoc tit.* ut bene animadvertit Hotom.

In poteſtate ejuſdem patris) Fratre ſcilicet teſtatoris συνυπεξούσιος, non emancipatus.

Domeſticum teſtimonium) Id eſt eorum, qui ita conjuncti ſunt, ut alter ſit in familia & poteſtate alterius, & una cum eo fictione juris perſona. Nam ut rectè Græci, οἰκικὴ μαρτυρία, οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ὑπεξουσιότητος λαμβάνεται. *Non ex cognatione, ſed ex coadunatione, quæ per patriam poteſtatem contingit.* Eadem ſcil. ratione, qua ſui hæredes domeſtici; *§. 2. inf. de hær. qual.* in judiciis autem teſtes omnes domeſtici intelliguntur, qui de domo accuſati producuntur, *l. 3. C. de teſtib. l. 24. D. eod.*

Commentarius.

1 *Quomodo quæſtio formanda in filio teſte in teſtamento patris?*
2 *Quid obſtet, quominus qui in poteſtate teſtatoris eſt, teſtis in ejus teſtamento eſſe poſsit? Et quid de filio emancipato, &c.*
3 *Cur in teſtamento filiifam. poſt miſsionem de caſtrenſi peculio teſtantis pater teſtis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati rectè teſtis adhibetur.*
4 *Diſſentire Juſtinianum in propoſita ſpecie ab Ulpiano & Marcello.*
5 *Domeſticum teſtimonium hoc loco æſtimari ex unione perſonarum, quæ per poteſtatem contingit; etſi in aliis cauſis domeſtica teſtimonia interpretamur teſtimonia perſonarum domeſticarum.*

HActenus de perſonis, quarum ea eſt inhabilitas, ut nullius in teſtamento teſtes adhiberi poſsit: ſunt etiam quædam, quæ cùm per ſe habiles ſint, & rectè adhibeantur, non tamen rectè adhibetur in teſtamentis omnium, idque ob cauſam aliquam privatam, quæ eas λατα τι inhabiles facit. Cauſa hujus inhabilitatis duplex: conjunctio teſtis & teſtatoris per poteſtatem: item negotium teſtamenti ad eum, qui teſtis adhibetur, pertinens. Prima hoc §. altera ſeq. explicatur.

Qui in poteſtate teſtatoris eſt) Igitur nec filius teſtatoris, nec nepos ejus ex filio, qui in poteſtate ſit; nec is, quem teſtator ab hoſtibus redemerit, *l. qui teſtamento 20. in fin. pr. & §. 1. h. tit.* Sed enim cùm conſtet, fi- 1
lium, qui in poteſtate ſit, aut hæredem inſtituendum eſſe, aut nominatim exhæredandum, ſilentio eo prætерito teſtamentum ipſo jure non conſiſtere, abſurda poteſt videri hæc diſputatio. Nam fingamus, eſſe inſtitutum, jam alia & propria ratione teſtis eſſe non poterit, quia hæredes, *§. ſeq.* Fingamus, exhæredatum, & nihil videtur obſtare, quominus rectè teſtis ſit, quia ſua ſe manu exhæredem ſcribere poteſt, ſalvo teſtamento, *l. non putavit. 8. §. ſi quis. 6. de bon. poſſ. cont. tab.* nec ullæ hic metuendæ technæ, cùm in ſuam nemo perniciem ingenioſus ſit. Quod ſi dicas, durum videri, ut filius palam teſtis adhibeatur exhæredationis & ingratitudinis ſuæ; quid ſi teſtamentum, quo exhæredatus eſt, clauſum proponatur, in quo quid ſcriptum ſit, à teſtibus omnibus ignoretur? ita enim in propoſito quæſtio formanda eſt, ut jam illud objici non poſsit. Quid eſt igitur, quod hic obſtet, quominus filius teſtis ſit? Nihil aliud, quàm 2
jus poteſtatis, quod fictionem quamdam unitatis perſonarum inducit inter eum, qui habet in poteſtate, & qui in poteſtate habetur, *§. ſi quis. 4. inf. de inut. ſtip. l. ult. C. de impub. & al. ſubſt.* Quo fit, ut ſi alteri alter teſtimonium dicat, ſibi quodammodo dicere videatur, quod ſubtilitas juris non patitur, ut poſt Viglium hic notant plerique recentiores, & eſt textus eo pertinens in *§. ſeq. in fin.* Addunt

dunt nonnulli, huc etiam referendum, quod generaliter placuit, idoneos testes non videri, quibus imperari potest, ut testes fiant, *l. de testib.* Ego verò arbitror, definitionem istam valere tantùm in testimoniis judicialibus; quamvis verum sit, hic quoque quæri de adhibendo eo, cui imperari potest. Ait, *qui in potestate.* Igitur à contrario, qui in potestate testatoris non est, puta filius emancipatus, rectè testis adhibetur, & pater vicissim in testamento illius; neque enim credendum est, verba illa frustra hic & in *d. l.* 20. expressa esse. Præterea cessat in emancipato ratio prohibitionis, vinculum scilicet unitatis, quod per emancipationem solvitur. Et vel magis igitur poterit quis testis esse in testamento matris & avi materni. Non obstat, quod parentes & liberi hoc ipso quod parentes & liberi sunt, invicem testes esse prohibentur, *l. 9. de testib. l. 6. C. eod.* Nam ista prohibitio pertinet tantùm ad illa testimonia, ex quibus lucri aliquid accedere potest parenti vel filio, cui testimonium dicitur, qualia sunt testimonia judicialia, de quo paulo diligentius postea.

Sed si filiusfamil. post missionem &c. neque pater ejus rectè adhibetur) Filiusfam. testamentum facere non potest, præterquam si testatur de castrensi peculio *inf. tit.* 12. ac proinde eo solo casu quæstio hæc locum habere potest, an pater ad testamentum ejus testis adhiberi
5 possit. Sic autem hoc loco distinguitur, si filiusfam. militans adhuc testamentum faciat de rebus castrensibus, pater rectè testis adhibeatur, si post missionem, non æquè. Cæterum quod ad priorem casum, amplius adhuc distinguendum existimo, utrum scilicet militans adhuc testamentum faciat jure militari in castris aut expeditione, an extra castra jure communi: ut illo demum casu pater rectè adhibeatur propter liberrimam, quæ militibus data est, in castris testandi facultatem; hoc autem casu non magis quàm si testetur post missionem, *arg. pr. &* §. 3. *tit. seq.* & verba illa, *post missionem*, non ideo hic adjecta esse, quia ante missionem filius testamentum faciens semper patrem adhibere possit; sed quia post missionem, nunquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem posse testem ahiberi diximus non alia ratione, quàm quia emancipatus non est in potestate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfam. in potestate est, quippe qui in castrensi peculio vice patrisfam. fungitur, *l. 2. de Sen. Mac.* Huic objectioni ita fere responderi solet, multum interesse, utrum quis revera & sine exceptione sit paterfam. & patri suo extraneus, qualis est filius emancipatus; an quis in re aliqua pro patrefam. habeatur, manens revera ὑπεξούσιος, & domesticus patri suo, qualis est, qui peculium castrense habet. Etenim peculii hujus concessionem non eximere filium de domo & potestate patris, §. 4. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* & consequenter non efficere, ut una persona cum patre censeri desinat: tantùm liberam filiofam. de iis rebus disponendi facultatem tribuere, & hæredem etiam in iis instituendi, in quo patrifam. comparetur. Cæterum uti pse pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad suum testamentum adhibere non potest, ita nec illius tabulis patrem adhiberi posse. Equidem fateor, hæc ita pro Justiniano, 4
& si qui veterum fuere, quos ille secutus est, speciosè disputari: video tamen, aliud placuisse Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in *l. qui testam.* 20. §. 2. *hoc tit.* Ita enim scribit: *Per contrarium quæri potest, an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit.* Et Marcellus *lib.* 10. *Digestorum* scribit, *posse; & frater ergo poterit.* Contraria omnino sententia & directò pugnans cum eo, quod hoc loco tradit Imperator, ut bene animadvertit D. Hotomannus. Nam quod cæteri interpretes, inter quos etiam Viglium & Bachovium esse video, Marcelli sententiam restringunt ad eum casum, quo filius fam. de peculio castrensi testatur jure militari sive privilegiato, nullo colore defendi potest. Primum quia tota tractatio ilius tituli propria est testamenti solemnis, ut proinde verisimile non sit, Ulpianum eo loco miscuisse quæstionem, quæ ad militaria testamenta pertineret, quod nulla alia in parte ejusdem tit. aut factum est. aut fieri oportuit. 2. Quia Ulpianus hanc quæstionem proponit oppositive ad præcedentem, quæ oposito in dissimili genere testamenti planè inepta foret. Negaverat *in* §. 1. *ejusdem. l.* 20. filium, qui in potestate est, testem esse posse in testamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de testamento solemni, nec ad testamentum militare pertinere. Mox per contrariam quærit, an pater ejus, qui de peculio castrensi testari potest, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit; & ait, posse, ex sententia Marcelli. At hæc quæstio minimè præcedenti contraria est, nisi de eodem genere testamenti, ad quod præcedens pertinet, accipiatur. 3. Notanda sunt verba Jurisconsulti. Non quærit de testamento filiifam. militis aut in castris agentis, sed quæstionem generaliter atque indistinctè proponit de omni

ni filiofam. qui de caftrenfi peculio teftari poteft, at poteft non folùm miles in caftris agens jure militari, fed item etiam extra caftra jure communi; poteft eodem jure & veteranus feu militia miffus. 4. De teftamento jure militiæ facto ne dubitari quidem juftè poteft, quippe cum verba privilegii, quod militibus indultum eft, *quomodo velint*; *quomodo poterunt*, *l. 1. de teftam. mil.* facile hanc in perfonis teftium differentiam abforbeant, & reciprocationem teftimoniorum patris & filii admittant, immo ne teftem quidem defiderent, ubi de militis voluntate conftet: de quo amplius, §. 1. *feq. tit.* Et fortaffe motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione: quia placuit, filiumfam. in peculio caftrenfi pro patrefam. haberi, quafi ob id etiam diverfam à patre perfonam in caufa iftius peculii fuftinere debeat: id enim receptum eft, cum de acquirendo ex caufa hujus peculii agitur, in quo fere folo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una perfona habeantur, locum habeat.

Ea in re domefticum teftimonium) Myfticus horum verborum fenfus eft, ne quis ex his colligat, in aliis caufis domeftica teftimonia non reprobari. Quin in caufis judicialibus modo magis reprobantur, & tanto, quanto major eft reprobationis caufa. Sed nimirum hæc Juftiniani fententia eft, licet in teftamentis de lucro, aut commodo ejus, qui teftes adhibet, non agatur, ut fit in caufis forenfibus; ac proinde hic verendum non fit, ne propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob caufam etiam perfonæ conjunctifsimæ & amicifsimæ hic invicem jus dicendi teftimonii habeant; nihilominus tamen domefticum in hac caufa teftimonium prohibitum effe, hoc eft, eorum, qui ita conjuncti funt, ut alter fit in familia & poteftate alterius, & fictione juris eadem cum altero perfona, unde cum alteri teftimonium præftat, fibi quodammodo præftare videatur. Hac fola juris fubtilitate teftimonia in propofito vetari, non aliqua falfi fufpicione propter cognationem, aut affectum. Atque hanc effe Juftiniani fententiam, hic ipfe locus fatis perfpicuè indicat, quem idcirco etiam his verbis extendit Theophilus; τὴν δὲ οἰκιακὴν, inquit, μαρτυρίαν οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι λαμβάνομεν. eademque fere ratione Juftinianus, *inf. de hær. qual.* §. 2. fuos hæredes appellatos effe ait, quia domeftici hæredes funt, quibus opponit extraneos, id eft, omnes qui in poteftate morientis non fuerunt. Cùm igitur prohibendi hujus teftimonii non alia caufa fit, quàm unio illa perfonarum, quæ per poteftatem contingit, fequitur, inter eos, qui ita uniti non funt, teftimonia teftamentaria licita effe, quamvis alioqui fumma fit inter eos conjunctio aut charitas. Itaque & patrem rectè teftem adhiberi in teftamento filii emancipati, avum in teftamento nepotis ex filia, & contra, item virum in teftamento uxoris, multoque magis patronum in teftamento liberti, & patremfam. in teftamento mercenarii, & viceverfa libertos & mercenarios in teftamentis illorum; ac proinde errare interpretes, & inter hos Ant. Matthæum, qui teftimonia teftamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei teftes, *l. 9. de teftib. l. 6. C. eod.* fufpecti omnes, quibus quovis modo imperari poteft, *l. 6. eod.* qualis eft etiam libertus in domo patroni degens; item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus alii, qui domi famulantur. In his enim caufis domeftica teftimonia interpretemur teftimonia perfonarum domefticarum, hoc eft, eorum omnium, qui de domo rei, qui in eos imperium habet, producuntur, *l. pen. de teftib. fac. l. 11. §. furta domeftica. 1. de pœn. l. antepen. §. pen. C. de his qui ad Ecclef. conf.* Difcriminis ratio jam ante à me indicata hæc eft, quod in cæteris caufis agitur de commodo pecuniario ejus, cui teftimonium dicuntur, ut merito in his teftes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut abfequio veritatem celaturos, fufpicio eft: in teftamento autem non de commodo teftatoris, fed hæredis agitur, ut non tam illi, quàm huic teftimonium teftes perhibeant.

TEXTUS.

De hærede, & his, qui funt in ejus familia.

10. *Sed neque hæres fcriptus, neque is, qui in ejus poteftate eft, neque pater ejus, qui eum habet in poteftate; neque fratres, qui in ejufdem patris poteftate funt, teftes adhiberi poffunt: quia hoc totum negotium quod agitur teftamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter teftatorem & hæredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem & eos, qui per poteftatem conjuncti fuerant, à teftamentariis teftimoniis repellebant: hæredi autem, & iis, qui per poteftatem ei conjuncti fuerant, concedebant teftimonia in teftamentis præftare: licet ii, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti eos debere fuadebant; tamen nos eamdem obfervationem corrigentes, & quod ab illis fua-*

suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec hæredi qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet; neque aliis personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

NOTÆ.

10. *Creditur bodie*) Sublata videlicet familiæ mancipatione. Expende, quod ait, *totum*, ut hac ratione testimonium recipiatur legatarii & fideicommissarii. Cujac.

Hæredi autem) Non tantùm clam scripto; sed palam etiam nuncupato.

Pristini familiæ emptoris) Cujus testimonium ideo receptum non fuisse certum est, quia negotium testamenti palam & apertè cum eo ipso ut vero hærede agebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur veteres fiduciarium familiæ emptorem à testimonio removerint, hæredem admiserint?*
2 *An ad testamentum rectè adhibeatur pater hæredis, cujus in potestate non est, filiive hæredis emancipati? &c.*

CAusa privata altera, quæ testem inhabilem facit, est negotium testamenti, quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur id, cujus præcipuè causa testamentum ordinatur, nimirum institutio hæredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis adhiberi potest in eo testamento, in quo hæres scriptus est; quod ideo placuit, quia in testamento negotium hæredis rectè & principaliter agitur, atque is solus sit juris successor. Hærede autem summoto consequens fuit, ut una removeretur qui in potestate ejus est, & pater quoque, qui eum habet in potestate, & denique frater, qui cum eo in ejusdem patris potestate est, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum §. *præc.*

Veteres familiæ emptorem repellebant: hæredi autem concedebant. Certum est; olim, cum primum forma testandi per æs libram inventa est, neque hæredem, neque eos, qui per potestatem ei conjuncti erant, ad testimonium in testamento præstandum admissos fuisse: quippe cùm negotium testamenti palam & apertè cum ipso heræde ageretur. Nam, ut ostendimus in explicatione §. 1. *hujus tit.* initio ipse hæres futurus emebat familiam à testatore, isque eam hæredi mancipabat, ut ille hoc tamquam justo titulo bona post mortem testatoris pleno jure Quiritium consequeretur. Procedente autem tempore, ob causas, quas ibidem indicavimus, hoc mutatum fuit, institutumque, ut solemnitatis implendæ causa familiæ quidem emptor palam adhiberetur, sed alius ab hærede & fiduciarius, qui hæredi forte clam in tabulis scripto familiam remanciparet. Quo recepto, cœpit familiæ emptor à dicendo in testamento testimonio summoveri, & hæres admitti; quasi negotium testamenti jam non tam cum hærede, quàm cum familiæ emptore gereretur, & absurdum sit, eum, cum quo negotium aliquod geritur aut contrahitur, licet imaginariè, testis officio fungi. Atque hoc etiam obtinebat, etsi hæres scriptum se non ignorabat. Cicero *in orat. pro Milon. c. 18. Cyri testamentum palam obsignavi cum Clodio: & illum hæredem & me scripserat.* Cæterum ab eo jure postea iterum recessum fuisse, arguit *l. qui testam. 20. pr. hoc tit.* nisi locus ille à Triboniano interpolatus sit, aut de alio genere testamenti intelligendus, quàm quod per æs & libram fiebat: accipiendus, *arg. §. 2. tit. 20.* Just. Ulp. VINN. Immo, quum temporibus Ulpiani testamenta rarius facta videantur per æs & libram faciliore testandi ratione à Prætore inventa: non opus est, ut interpolatam à Triboniano existimemus *d. l. 20. pr. ff. qui testam. fac. poss.* Commodè enim accipi potest de testamentis tunc frequentioribus, puta de prætoriis. HEIN.

Minimè hoc jure abuti eos debere suadebant) Etsi testimonium hæredis apud veteres licitum esse cœpit, cùm alius familiam emeret; existimabant tamen, minus verecundè hæredem facturum, si sciens se hæredem scriptum esse, jure sibi concesso uteretur: quamobrem etiam suadebant, ut potius se excusare, atque à testimonio, si pudori suo consulere vellet, abstineret. Non enim potuit locus esse huic suasioni, ubi quis hæres istitutus esset, ignoraretur. Est autem illud omnino verisimile, sublata ratione testandi per æs & libram (quod factum creditur statim post translatum in Thraciam Imperium, *arg. l. 15. C. hoc tit.*) hæredem amplius testem esse non potuisse in ullo testamento: quippe cùm ex eo tempore negotium testamenti non tantùm serio, sed recta etiam cum ipso hærede agi cœptum sit, quod antea simulatè agebatur cum emptore familiæ in testamento per æs & libram: quod etiam ratio initio hujus textus prolata, *Quia totum hoc negotium, &c. creditur bodie inter testatorem & hæredem agi*, perspicuè ostendit; ut adeo

adeo non admodum necesse fuerit, suasionem istam veterum in legis necessitatem à Justiniano transferri: quod tamen hic se fecisse profitetur.

Neque aliis personis, quæ ei, ut dictum est, conjunctæ) Scilicet per potestatem, quod antea expressit: ea enim sola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una persona habeantur, atque ut sibi quodammodo, quod
2 ait, testimonium præstent. Ex contrario igitur etiam hic rectè, colligas, eos, qui in potestate hæredis non sunt, puta liberos emancipatos, item patrem hæredis, in cujus potestate non est, & fratres ejus, ad testimonium in proposito admitti posse. Nam cùm hi omnes diversæ sint ab hærede personæ; non potest dici, negotium testamenti propter hæredem etiam cum his agi, eosve sibi aut in re sua testimonium dicere, licet forte ex eo commodum aliquod hærede mortuo consequi possint; nam nec legatariorum testimonium rejicitur, quamvis & ipsi in consequentiam lucrum ex testamento capiant: Fatendum tamen est, esse aliquid in personis hæredi sanguine sic conjunctis, ob quod videri possint ad testimonium non admittendi, quod non fit in iis, qui testatori naturaliter conjunguntur, propterea quod, ut dictum §. *præc.* non de testatoris, sed hæredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris, hæredis tamen parentes aut liberi suspicione graventur. Verùm in contrarium considerandum est, ignorari plerumque, quis hæres scriptus sit, idque non tantùm cùm signatur testamentum, sed etiam cùm testes jubentur signa sua recognoscere, quod fit ante aperturam tabularum *l.* 4. *test. quem. aper.* Sed etsi sciatur, quis hæres scriptus sit, aut si palam hæres nuncupatus, non putarem tamen, statim testamento obesse debere, quod dicantur inter testes adhibiti parens aut filius, aut frater hæredis (dempta conjunctione per potestatem.) Nam primo siquam suspicionem necessitudo inducit, ea facile reliquo testium numero deletur. Deinde etsi negotium hæredis in testamento agitur, is tamen non est onerandus, qui ipse testes initio ad hoc non adhibit, sed testator; neque aliis testibus postea ad probandam testatoris voluntatem uti potest, quàm is ipsis, qui adhibiti sunt, cùm testamentum ordinaretur. In quam sententiam etiam D. Viglius inclinat.

TEXTUS.

De legatariis & fideicommissariis, & his qui sunt in eorum familia.

11. *Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus. immo in quadam nostra constitutione & hoc specialiter ei concessimus. Et multo magis iis, qui eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.*

NOTÆ.

11. *Quia non juris successores*) Non juris universi, sed rerum singularum, *l.* 9. §. 1. *D. de edend.* quorum gratia testamentum non ordinatur; sed universi successoris, id est, hæredis habendi causa. Itaque negotium testamenti cum solo hærede geritur, non cum legatariis: nisi forte per consequentiam; quod placet hic non attendi, confirmato testibus adhibitis ipso testamento, *d. l.* 14. Symmach. *lib.* 13. *epist.* 55.

Nostra constitutione) Non extat: sed Zenonis hac de re habemus in *l.* 22. *C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Divinatorium esse; quod quidam prodiderunt, legatarios testes esse vetitos Senatusconsulto Liboniano, & contrarii juris primum auctorem fuisse Scævolam.*
2 *Ratio Justiniani, cur legatariis & fideicommissariis jus testimonii non denegetur, exposita.*
3 *Afferuntur complures aliæ, & certiores.*
4 *Dispositionem hujus §. non tantùm in testamentis scriptis, sed etiam in nuncupativis Vinnius in Institut.*
obtinere, confutata singulari opinione Anton. Fabri.
5 *Fideicommissarios universales huc non pertinere.*

Legatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit: sed placuit legatarios & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse, *l. qui testam.* 20. *in pr. hoc tit. fac. l. si quis.* 14. *de reb. dub. l. dictantibus.* 22. *C. hoc tit.* Quo admisso jam eorum etiam, & quidem multo magis, testimonium recipiendum fuit, qui iis per potestatem conjuncti sunt. Dionys. Gothofredus in *d. l. dictantibus.* 1
22. scribit, olim legatarios testes in testamento esse non potuisse ex Senatusconsulto Liboniano: Hotomannus hic, controversum hoc jus fuisse, & primum Scævolam ejus inducendi auctorem: atque existimat uterque, hoc ipsum esse, quod Plinius, *lib.* 2. *epist. ult.* ut improbissimum genus falsi notat. Sed quis Gothofredum docuit, tale quid cautum fuisse Senatusconsulto Liboniano? Aut quis Hotomannum, fuisse Scævolam contrarii juris primum auc-

auctorem? Non, si Scævola hoc jus comprobavit, ut testantur Arcadius & Honorius, *l. 3. C. Theod. de testam.* protinus sequitur, eum esse illius juris primum auctorem. Quis verò credat, si verum est, quod Gothofredus scribit, Scævolam responsurum fuisse contra auctoritatem recentis Senatusconsulti? Plinius verò loco citato non illud improbum falsi genus appellat, si quis testimonium dicat in testamento, ex quo legatum capit, sed si quis ejusmodi technis, quibus usum esse scribit Marcum quemdam Regulum nequissimum omnium bipedum, aliisque malis artibus testatorem aggrediatur, & legatum extorqueat; quem eundem Regulum intelligit Juvenalis *satyr. 1. v. 67.*

Signato falso, qui se lautum atque beatum
Exiguis tabulis & gemma fecerat uda.

Cæterum locus ipse evidenter ostendit, jam tum legatarios testes rectè adhibitos, aut testibus legatum rectè datum. Quin etiam diu ante tempora Plinii hoc jus obtinuisse liquet ex *d. leg. 14. de reb. dub.* ubi auctoritate Trebatii illud defenditur.

2 *Quia non sunt juris successores*) Ratio à posteriori, ut videtur: unde intelligamus non ut cum hærede, ita cum legatariis & fideicommissariis negotium testamenti geri; ac proinde non eodem modo hos ut illum á testimonio testamentario repellendos: quod enim dixit §. *præc.* negotium testamenti inter testatorem & hæredem geri, & ideo hæredem non debere testem adhiberi in eo testamento, in quo hæres instituitur; id hanc rationem habet, quia hæres universi juris successor est; quippe successoris universi juris habendi gratia testamentum ordinatur, ejusque designatio caput est & fundamentum totius testamenti. Uti igitur hæredis testimonium rejicitur ob id, quod negotium testamenti est negotium successoris juris, ita legatarii admittitur, quia hoc negotium ad eum non pertinet, quia successor juris non est: ille removetur ab illius negotii tamquam suæ rei testimonio; hic admittitur in illo negotio testis, tamquam in re aliena. Quod etiam significare videtur Marcianus in *d. l. 14. de reb. dub.* cum ait, ipsum testamentum confirmari testibus adhibitis, nempe universum illud negotium, quod inter testatorem & hæredem de juris successione agitur, signatorum testimonio confirmari, non attento legato ex illa juris successione pendente. Sed esto: ne sint legatarii juris successores: legata ad constitutionem testamenti non pertineant: & hactenus dictatur negotium testamenti ad legatarios non pertinere; fatendum tamen utique est saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi; quippe qui emmolumenti ex testamento percipiendi spem habet, cujusque propterea peculiariter interest testamentum confirmari, ne relictum concidat *l. eam quam. 14. C. de fideic.* Hoc ipsum verò satis causæ est ad arcendos à testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter & recta in rem suam testimonia ferant, sed hæredis; per consequentiam tamen confirmati testamenti & hæreditatis aditæ hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet: ac proinde, quod nemini concessum est; *l. nullus. 10. de testib. & C. eod. l. omnibus. 10.* in re & causa propria nihilominus testimonium dicunt: siquidem palam est, causam propriam esse eam, cujus emolumentum, aut damnum ad aliquem quoquo modo suo nomine pertineat, *l. 1. §. in propria. 11. quand. appell. DD. in d. l. omnibus. 10. & l. seq. C. de testib.* Quamobrem etsi ratio Justiniani hoc efficit, ut magis hæres repellendus sit, quàm legatarius: tamen non satis idonea videtur ut propter eam legatarius debeat admitti. Et verò ita est: nec dubitandum, quin certiore aliqua & speciali ratione hoc jus receptum fuerit; quamvis nulla præter hanc Justiniani in libris nostris apertè tradita inveniatur Interpretes complures afferunt. Prima est, 3
quod numerus reliquorum testium & cæterarum diligentissima observatio testimonium legatarii ab omni falsi suspicione tuetur: neque tam ob testimonium legatarii, quàm ob reliquorum, ad quos ea res non pertinet, legatum substineatur. Secunda est, quod in proposito legatarii res sit cum hærede, qui cum hoc debeat testibus, quod testamento eorum testimonio confirmato ipse hæreditatem & bona universa defuncti consequitur, improbè facturus sit, si legatum aliquibus eorum relictum hoc prætextu præstare recuset, quod in re propria testimonium dixerit. Nam sive tempus facti testamenti sive aperti consideretur; testes de voluntate testatoris dumtaxat & suo facto deponunt: postea verò cùm legatum petunt, cum solo hærede iis negotium est; qui non potest non improbè fidem derogare testimonio eorum, quorum fidem in sua causa secutus est. Hanc attulit Bachovius, eaque mihi non minimi ponderis esse videtur. Et fortassis hoc potius est, quàm quod ante dixi, quod Marcianus sensit in *d. l. 14. de reb. dub.* cùm ex Trebatii & Pomponii sententia legatum signatoribus sive testibus) nec enim hi diversi sunt) relictum ideo valere te scribit, quia ipsum testamentum testibus adhibitis

tis confirmatur. His accedit & tertia, quod Veteres suprema ordinaturi amicis fere signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse, durum sanè atque inhumanum esset. In quam rem elegans locus est Symmachi *lib. 10. epist. 55. Quis*, inquit, *non familiarissimum quemque signandis adhibet, cùm extrema conducuntur? Jam quid mirum est, si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?* Porro ita disputat, ut si his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo subscriptores ob amicitiam defunctus adspergit, legitimum posset abolere judicium, inimicis signatoribus tutius uteremur: inanemque appellat calumniam & rem post humanam memoriam inauditam objectionem Bassiani cujusdam, qui hoc jus in dubium vocabat: facit *l. Pamphilo. 39. §. 1. de leg. 3.* Atque his ergo rationibus adducor, ut credam, hoc jus non tantùm in testamentis scriptis servandum esse, verùm etiam in nuncupativis: licet dissentiant Duar. *ad tit. qui testam. fac.* & Ant. Fab. *decad. 66. err. 1. & seqq.*

4 Equidem in testamento nuncupativo, quod uti nunc mos est, per Notarium in scripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videtur habere: quia privatum legatarii testimonium publicæ personæ juvatur fide, Jo. Fab. Aretin. Imol. Vigl. Zypæ, *not. jur. Belg. de testam.* utut Groenevv. *de ll. abrog.* hic subsistat: sed in mera simplicique nuncupatione causa est, cur dubites, cùm hic testes recta tam de legato, quàm de jure heredis deponant; nullaque alia re testimonium juvetur, ut videri possit, perinde id habendum esse, ac si quis sibi aliquid in testamento adscribat, quod Senatusconsulto prohibitum est, *l. 14. in pr. ad leg. Corn. de fals.* Et tamen magis est, ut hic quoque testimonium legatarii admittatur, cùm cæterorum testium fides suspicionem tollat, legataque ac fideicommissa etiam codicillis relinqui possint, in quibus constat, quinque testes sufficere: utut mutua hic futura sint testimonia, quod notat D. Hotom. add. Diod. Tul. *ad hunc tit. c. 9.* quamquam haud gravatè admiserim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio est Ant. Fabri *d. dec. err. 3.* qui putat, *Nov. 1. c. 1.* in totum ab hoc jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonia legatariorum & fideicommissariorum admittenda sint: quoniam Justinianus eo loco caverit contra veteris juris regulam, ut si scripti hæredes hæreditatem adire recusarent, ipsius legatariis & fideicommissariis potestas adeundi esset: unde colligit, jus testimonii dicendi nunc iis planè denegandum esse, locumque in iis nunc etiam habere rationem hujus §. Quia juris successores fieri possunt. Ego verò malim dicere, hoc curandum non esse, quia ex accidenti est. *Casus adventitii*, inquit Sævola, *non sunt computandi*, *l. 6. qui & à quib. man.* & eleganter Græci; Οὐ χρὴ τοῖς ἔξωθεν συμβαίνουσι θέμασι προσέχειν ἡμᾶς. Planè locus hic accipiendus est de fideicommissariis particularibus: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, loco hæredis est, & post Senatusconsultum pro successore juris habetur. §. 3. & 4. *inf. de fideic. hær. l. 1. l. 3. de fideic. hær. pet.* D. Tulden. *c. 8. in fin.* 5

Quadam constitutione nostra) Calumniantium iniquitas sæpe flagitat, ut ea quæ certo jure constituta sunt, novis subinde constitutionibus specialiter fiunt confirmanda; quod etiam in proposito accidit. Constitutio autem Justiniani, quo hic se refert, haud dubiè priori Codici inserta fuit. Cæterum omissa est in Codice repetitæ prælectionis edito post compositionem Institutionum, quem solum hodie habemus. Et inepti sunt, qui hic intelligi putant aut constitutionem Zenonis, *leg. dictantibus. 22. C. hoc. tit.* aut responsum Jurisconsulti *l. qui testam. 20. in pr. D. eod.* quando enim ita loquitur Justinianus? At sæpe in his libris constitutionum meminit, quæ in posteriori Codice non habentur, ut in §. *sed nec. 27. inf. de leg.* §. *pen. inf. de leg. agn. succ.* §. 3. *de succ. libert.*

TEXTUS.

De materia, in qua testamenta scribuntur.

12. *Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an chartis membranisve, vel in alia materia fiat.*

NOTÆ.

12. *In tabulis*) Ligneis dolatis, & cera illitis. Hinc tabulæ testamenti, vel etiam tabulæ pro testamento, & lignum pro tabulis, *leg. 19. de bon. poss. cont. tab.* Juven. *satyr. 13. & 16.* denique & cera pro tabulis. Suet. in *Jul. c. 83.* Horat. *2. sat. 5.* Juven. *sat. 15.*

An in chartis) *L. 1. l. 4. de bon. poss. sec. tab.* De varia materia, qua veteres in scribendo usi, v. Plin. *lib. 13. c. 11. & 12.* Alex. Neap. *2. gen. dier.* Hot. *4. obs. 1.* Salmas. *de mod. usur. c. 10.* VINN. Addenda omnino Bern. Montfaucon. *Palæographia Græca*; & quæ eadem de re disseruit Jo. Mabillon in æterno opere de *Re diplom. l. 1.* HEIN.

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Unde fit, quod ceram pro tabulis veteres dixerint.*

2 *Testamenta non notis, sed litteris scribenda esse.*

ANtiqui fere in tabulis ligneis testamenta & quaslibet cautiones scribere solebant. Ex quo est, quod prætores in edictis suis de testamenri tabulis tantummodo loquuntur: & quod bonorum possessio, quæ liberis præteritis datur, vulgo dicitur dari contra lignum, *l. quod vulgo. 19. de bon. poss. cont. tab.* & inde Juvenalis *satyr. 13. & 16.* adulterinas & & mendaces cautionum tabulas appellat *vana*
1 *chirographa ligni.* Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, litterasque stylo, primum ferreo, postea osseo, in iis exarabant, unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sueton. *in Jul. c. 83. Quintum Pædium ex quadrante hæredem instituit: reliquos in ima cera.* Horat. 2. *satyr. 5. v. 53.*

Sic tamen, ut limis rapias, quid prima secundo Cera velit versu.

Juvenalis *sat. 16. Accipe ceram, Scribe puer,* id est, accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares, eoque nihil apud hunc poetam usitatius. Cæterum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis, membranis, sive pergamenis, foliis & libris quarumdam arborum, *l. librorum. 52. de leg. 3.* add. Plin. *lib. 13. c. 11. & 12.* Alex. ab Alex. *2. gen. dier. 31.* Hotom. 4. *obs. 1.* Si quis curiosior, is adeat D. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 10.* Quamvis autem prætor in dandis bonorum possessionibus rabularum dumtaxat mentionem faciat, non eo tamen minus bonorum possessionem peti posse placuit, si in alia materia, quæ ad scribendum idonea sit, figura tabularum testamentum scriptum fuerit, *l. 1. de bon. poss. sec. tab.* Atque adeo etsi in charta deletitia & opisthographo, *l. 4. eod.* Hodie Notarii, qui fere in testamentis adhiberi solent, in conficiendis instrumentis pergamenis uti solent: quamquam si in charta papyracea scripserint, non ideo protinus existimandum sit, instrumentum nullum esse, aut partium jura lædi, ut hic D. Viglius notat. Illud quoque non refert, quo genere sermonis, quave lingua quis testamentum conscribat, *l. hac consultissima. 21. §. ult. l. quoniam. 15. C. de testam.* Cæte-
2 rum litteris, iisque usitatis & legibilibus scribendum esse placuit; non signis obscurisve notis, *l. 6. §. ult. de bon. poss.* Utique tamen si per notas usitatas, quibus scilicet utimur in designanda quantitate, portio hæreditaria aut summa legati expressa fuerit, institutio aut legatum non viriabitur, *l. 9. §. 1. de hær. inst.* VINN. Quàm tamen periculosa aliquando sit notarum interpretatio, exemplo Galbæ discimus, de quo Sueton. *cap. 5. Observavit ante omnes Liviam Augustam, cujus testamento pæne ditatus est. H.S. namque quingenties quum principuum inter legatarios habuisset, quia NOTATA non perscripta erat summa, hærede Tiberio legatum ad quingenta revocante, ne hac quidem accepit.* HEIN.

TEXTUS.

De pluribus Codicibus.

13. *Sed & unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundùm obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est; velut si quis navigaturus & secumferre & domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit; vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent.*

NOTÆ.

13. *Pluribus codicibus*) Pluribus exemplaribus, *l. 47. de legat. 2.* pluribus tabulis *l. 1. §. 6. ult. quæ in testam. del.* ut tamen omnia sint inter se ἰσότυπα, unius tenoris & formæ, ac solemnitatis, *d. l. ult.* & facta quasi testamentum; non unum quasi testamentum, aliud quasi exemplum seu ἀντίγραφον, *d. l. 1. §. 7. de bon. poss. sec. tab.* add. Salmas. *ubi sup.*

COMMENTARIUS.

1 *An ut unius testamentum in plures codices referri; ita & plurium testamenta in unum codicem conferri possint?*

PLuribus codicibus) Id est, pluribus exemplaribus, *l. unum. 24. hoc t. l. 1. §. si quis. 5. de bon. poss. sec. tab.* aut pluribus tabulis, *l. ult. quæ in test. del.* Ait, *unum testamentum.* Nemo enim paganus cum duobus testamentis decedere potest, sed prius semper rumpitur à posteriore. Testamentum verò, quod quis pluribus codicibus consignavir, atque eodem tempore solemniter complevit, unum atque idem testamentum est, *l. 1. §. 6. de tab. exhib. l. ult. quæ in test. del.* Sed & si quis in duobus codicibus simul signatis alios atque alios hæredes scripserit, & utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bono-

norum possessio : quia pro unis tabulis habetur, & utrumque pro supremo, *d. l. 1. §. sed & si. 6. sec. tab.* quem locum eruditè interpretatur D. Salmas. *c. 10. de mod. usur. pag.*
1 417. *& seq.* ubi & alia minus trita. An autem quemadmodum uni licet testamentum suum in plures codices referre, ita ex contrario pluribus licet sua testamenta conferre in codicem unum, sive in unius chartæ volumine suprema ordinare, unis iisdemque testibus septem ad eam rem convocatis, unoque contextu adhibito, quæsitum est. Negant Vigl. & Hotomannus, quibus assentior. Etenim ut uniuscujusque testamenti propria contestatio est, ita & proprium ac separatum instrumentum esse oportet : admissaque illa diversorum testamentorum conjunctione, corrumpatur necesse est subtilissimum testamenti negotium, quod totum uno perpetuoque contextu ac tempore perfici atque absolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur, *l. hæredes. 21. §. ult. hoc t. l. hac consultissima. 21. l. cum antiquitas. 28. C. eod.* In casu pupillaris substitutionis patris quidem & filii testamentum conjungi potest, unisque septem testium signis obsignari : sed hoc ideo receptum, quia pro uno testamento habetur, *l. patris. 20. de vulg. & pup. subst.* ut vel ex eo intelligere liceat, singula testamenta singulas seorsum desiderare solemnitates. Diss. tamen comm. DD. quorum sententiam ex professo contra Viglium tuetur Peckius *lib. 1. de testam. conjug. c. 19.* & usus probavit : hodieque usitatissimum inter conjuges est, ut simul & unis solemnibus adhibitis testentur, & tam in scriptis, quàm per nuncupationem: quod etiam Novella quadam Valentiniani permissum fuit, *tit. de testam. l. 1.* add. Gail. *2. obser. 117.*

Secundum obtinentem observationem) Si unius testamenti plures sint codices, potest ex unoquoque bonorum possessio peti, sed ita, si omnes sint authentici, id est, si facti sint tamquam testamentum, eodemque tempore adhibita omni solemnitate completi, *d. l. ult. de his quæ in test. del.* Aliud namque juris est, si testator unum fecerit, non quasi testamentum, sed quasi si exemplum sive copiam, ut vulgo loquuntur, *d. l. 1. §. sed si. 7. secund. tab.* Quia si ex apographo sive descriptione bonorum possessio daretur, magna aperiretur fenestra improbis hominibus ad testamenta subjicienda, *fac. l. 2. de fid. instrum.* Quid verò juris erit, si ex binis tabulis ejusdem testamenti unam testator deleverit, aut inciderit? Responsum est, ex integris hæreditatem adiri, aut bonorum possessionem peti posse; nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, hoc animo à testatore incisas, ut intestatus moreretur, *d. l. ult. quæ in test. del.* Quid si eidem diversa summa legata sit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus respondit, hæredi parcendum esse, & tantùm quinquaginta deberi, *l. Sempronius. 47. de legat. 2.*

Quod interdum etiamsi necessarium) Κατά τι: si videlicet quis vereatur, ne si forte unum tantùm exemplar fecerit, voluntas exitum non sit habitura : quippe cùm unum instrumentum facile amitti, aut alias perire, occultari aut supprimi ab hæredibus venientibus ab intestato possit *l. unum. 24. hoc tit. l. si in duobus. 10. §. ult. test. quem. aper.*

TEXTUS.

De testamento nuncupativo.

14. *Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, sufficiunt. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.*

NOTÆ.

14. *Voluntate nuncupata*) Palam & clarè pronunciata, ut à testibus exaudiri & intelligi possit, *dd. ll. l. 25. eod.* Suet. *in vit. Horat. Decessit hærede Augusto palam nuncupato.* Scriptum testamentum etiam clausum offerri testibus obsignandum potest, celato nomine hæredis, unde μυστικὴ Græcis dicitur.

COMMENTARIUS.

1 *Communia testamento scripto cum nuncupativo.*
2 *Qua in re præcipuè alterum ab altero distet?*
3 *Veteres rarius hæredem nuncupare solitos fuisse quàm scribere, quare?*
4 *Modi seu formæ testandi, quibus in hisce regionibus fere utimur.*
5 *An testamentum secundum statuatur aut consuetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum?*

HOc §. breviter comprehensa est forma testandi sine scriptura, sive per nuncupationem : quæ testandi ratio tota est à jure civili : nam prætorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine

tabulis locus esse non potest. Cæterum prætor ut custos juris civilis etiam secundum nuncupationem bonorum possessionem dat, *l. 8. §. ult. sec. tab. l. 2. C. eod.*

2 *Septem testibus adhibitis*) Testamento nuncupativo quædam communia sunt cum scripto, veluti numerus testium, eorumque conditio, & testationis unus contextus. Oportet quoque hic æquè testes rogari, aut certè admoneri, cujus rei gratia collecti sint, *l. hæredes 21. §. pen. hoc tit. l. hac consultissima 21. §. per nuncupationem 2. C. eod.* Olim etiam necesse fuit, ut is, qui per nuncupationem testaturus erat, formalibus verbis testes præmoneret, se ideo eos convocasse, quod sine scriptura testamentum facere constituisset. Sed cùm ex ipsa nuncupatione satis appareat, qua forma quis testari cogitet, Justinianus id sustulit, *l. in testamentis 26. C. eod.* Quid verò, si de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum de testibus adhibitis, cùm testator ex scheda, in qua memoriæ causa voluntatem exceperat, recitato testamento hæredem pronuntiasset, subsignasse & subscripsisse. Et vulgo rectè placuit propter superfluam solemnitatem non debere vitiari testamentum, quod utique omissa ea in vim nuncupationis valiturum erat. Planè si constet, scripturam, quæ profertur ad testamentum faciendum, paratam esse, aliud dicendum erit, *l. ex ea 29. boc tit.*

3 *Et sua voluntate nuncupata*) In hoc maximè distat testamentum, quod sine scriptura fit, à testamento scripto: nam scripturam testamenti potest testator, si ita illi videbitur, clausam coram testibus proferre, testarique, suum hoc esse testamentum, celato nomine hæredis; quam ob causam hoc testamentum mysticum dictum. Nuncupare hæredem, est lingua & verbis pronuntiare: unde nuncupare hæredem & hæredem pronuntiare pro eodem usurpantur, *l. si is qui 25. hoc tit.* Gloss. Basil. *nuncupatio. ἐκφώνησις ἄγραφος.* Palam autem voluntas hic nuncupanda est: non utique publicè aut in propatulo, quod particula *palam* aliquando significat, veluti cum mulier dicitur palam corpore suo quæstum facere: sed clarè & intelligenter sic, ut à testibus exaudiri & intelligi possit, *d. l. hæredes 21. in pr. hoc tit. d. l. hac consultissima 21. §. per nuncupationem 2. C. eod. l. ult. de jur. eod.* ita Suetonius in vita Horatii. *Decessit hærede Augusto palam nuncupato, cùm urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Proinde quod in testamento scripto necessarium non est, *l. qui testam. 20. §. pen. hoc tit.* in nuncupativo omnino necessarium putamus, ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris; quo etiam *fac. l. coram 209. de verb. sign.* eoque jure hodie utimur. Fuit quidem etiam in scriptis testamenti usurpata nuncupatio: sed in his significat generalem illam testationem voluntatis, cùm testator tabulas testamenti tenens apud eos, qui ut testes essent, rogati erant, testabatur, id suum testamentum esse, non nuncupationem hæredis. Ulpian. *tit. 20. §. 8.*

Perfectissimum) Respectu scilicet effectus, quem non minorem habet, quàm testamentum scriptum; quod alioqui ratione solemnitatis perfectius est. Etsi autem ratio testandi per nuncupationem longè expeditior est, quàm per scripturam: tamen testamenta nuncupativa minus usitata veteribus fuisse, quàm scripta argumento est, quod passim tabularum testamenti & hæredum scriptorum in libris nostris mentio fit; raro nuncupationis. Cujus ergo rei duplicem esse causam reor; tum quod in testamento scripto necesse non est pandere ea, quæ scripta sunt, quæ celari sæpe interest & ipsius testatoris & hæredum, cæterorumque, quibus aliquid relinquitur; quam utilitatem testamentum nuncupativum non habet: tum quia scripti testamenti fides subscriptionibus & signis testium confirmatur; ex quo fit, ut etiamsi testes decesserint, ratum nihilominus illud maneat: nuncupativi autem testamenti fides tota pendet à depositione testium, quibus mortuis aut aliquibus eorum, cùm non sint aut pauciores sint, quam requiruntur, qui sisti iterum possint, & in judicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatem. Sed huic incommodo postea occursum est adhibito tabulario, qui voluntatem coram testibus nuncupatam acciperet, ac rem gestam scripturæ suæ auctoritate confirmaret: cujusmodi scriptura & instrumenta tabellionum sola per se citra novum testium adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent, nec tamen quod ita factum est, ideo mox desinit esse testamentum nuncupativum, cùm solius probationis gratia scriptura interveniat, non quod sit de substantia testamenti: quamquam non negaverim, habere hoc genus testamenti nonnihil, quod naturam scripti testamenti sapiat. De quo vide Sichard. *in l. hac consultissima 21. §. per nuncupationem 2. num. 2. C. hoc tit.* In his regionibus etsi nemo vetatur antiquo more ac ritu Romanorum testamentum condere; duobus tamen potissimum modis testamenta confici solent; uno coram duobus decurionibus sive Scabinis & Secretario loci, in quo testamentum fit, sive in

in agro sive in oppido, quæ forma testandi respondet publicationi testamentorum apud acta judicum vel municipum, *l. omnium* 19. *C. hoc tit.* altero coram Notario & duobus testibus; qui modus fere solus est in usu vulgi. Gudelin. *de jur. nov. l.* 2. *c.* 5. Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 17. Exhæreditatio liberorum hoc amplius requirit, ut testes sint Scabini: quod arguit formula juramenti à Notariis ingressu muneris præstandi: & cautum edicto quodam Caroli V. Groenevv. *de ll. abr. hic.* Notarius testatorem nosse debet: sin minus, ipsi testes, quos id quoque testificari oportet. Voluntas voce nuncupata à Notario scripto comprehendi solet, & in protocollum referri; unde postea petenti testatori solemne instrumentum conficiatur. Quin usu etiam receptum est, ut Notarius receptam in scheda voluntatem testatoris ipse recitet, ac testibus prælegat, deinde testatorem interroget, an omnia bene perceperit, ita velit, ita jubeat, eamque supremam suam esse voluntatem agnoscat: atque approbante testatore, testamentum perfectum censetur etiamsi neque testatoris neque testium subscriptiones aut signacula habeat. Groenevv. *d. loc.* D. Jac. Coren. *obs.* 10. In quo longè recessum est ab antiqua ratione testandi per nuncupationem, quæ pro forma requirebat, ut ipse testator singula pronuntiaret, nuncuparetque sua voce omnia, quæ post mortem suam fieri vellet. Quod sanè eo diligentius observandum erat, quia ad perfectionem hujus testamenti nihil amplius jus civile desiberabat. Nunc autem admissa prælectione aliena, facile testatori imponi potest. Quid enim si Notarius aliquid addiderit de suo, quod testator præsertim ægrotus non animadvertat? Hæc etiam vulgo nota sunt.

5 Quæsitum est, an testamentum juxta alicujus loci consuetudinem aut statutum factum etiam vim habet extra illum locum; exempli gratia, testator ibi testamentum fecit, ubi coram duobus testibus & Notario testari licet, ut in hac nostra Batavia; quæritur, an valeat etiam in iis locis, ubi septem testes requiruntur, uti in Frisia, ubi sequuntur jus civile? Affirmant comm. DD. in *l.* 1. *C. de sum. Trin.* Viv. 1. *opin.* 36. Coras. *de jur. art. p.* 3. *c.* 13. Covar. 2. *de sponf.* §. 7. *num.* 8. Costal. *ad l.* 6. *de evict.* Anton. Perez *in c. de testam. num.* 21. & secundum hanc sententiam sæpissime judicatum. Guid. Pap. *decis.* 262. Tessaur. 2. *quæst. for.* 8. Mynf. 5. *obs.* 19. & 20. Gail. 2. *obs.* 123. Jo. à Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 14. Sunt tamen, qui in contrarium erant, & in quæstione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis interp. sententia: at circa res soli spectandum jus ejus loci, in quo sitæ sunt. Quippe res mobiles, quoniam ubicumque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi, non leges locorum: immobilia verò, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis, per *l.* 4. *C. de jur. fisc. l. ult. de jurisd.* Ita constanter Mansuer. *in sua prax. tit. de succes.* Bus. *ad l.* 6. *de evict.* Nic. Burg. *ad consuet. Flandr. tr.* 6. Christ. *vol. decis.* 3. 4. & 5. & *vol.* 4. *decis.* 4. & 10. Mihi prior sententia probabilior videtur, multumque referre, utrum statutum disponat circa solemnitatem alicujus actus, an circa rem, puta fundum locumve: quæ statuta in rem concipiuntur. Qualia sunt, quæ de successione ab intestato disponunt, rem ipsam haud dubiè afficiunt, ut ubique sit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur. Idemque habendum de statutis, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Gail. *d. lib. obser.* 124. & *alii*, *ubi sup.* Coras. *dict. par.* 3. *cap.* 14. Gomez *ad l.* 3. *Tauri num.* 20. Quæ autem statuta disponunt circa actus solemnitatem dumtaxat, cùm neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed ipsam solummodo dispositionem, quæ fit in loco statuti vel consuetudinis, rationi & juri consentaneum est, ut in ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam actuum solemina ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l.* 6. *de evict. l.* 3. *in fin. de testibus*, *l.* 2. *C. quemadm. test. ap. facit l.* 9. & *ult. C. hoc tit.* & alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, aut, quod absurdum est, plurium locorum consuetudines in uno testamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversa loca adjudicari. Peck. *de test. conjug. lib.* 4. *c.* 28. *in fin.* D. Joan. à Sande *d. de fin.* 14. ubi contraria scitè expedit, & prudenter temperat novam quamdam distinctionem Fachinæi. Adde, quæ nos *lib.* 2. *select. qu. cap.* 19. Planè si lex expressè testatores sequi jubeat jus loci; in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiæ emissa anno 1611. cujus meminerunt Burgund. Christin. Tuld. *C. hoc tit.* & Perezius *dd. loc.*

TI-

TITULUS UNDECIMUS.

DE MILITARI TESTAMENTO.

D. Lib. 29. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 21.

Ratio ordinis. Militare testamentum quid hic significet?

DIximus sub rubrica præcedentis tituli, duo esse testamentorum genera. Unum commune omnium civium, quod paganicum dicitur: alterum militum proprium, quod ideo appellatur militare. Hactenus quæ tradita sunt de ordinandis testamentis, ea solùm pertinent ad testamenta paganorum: militaria, de quibus porro nunc agitur, legibus istis soluta sunt. Militaria autem testamenta hic non accipimus omnia; quæ facta sunt à militantibus, id est, iis, qui in numero relati sacramento tenentur; sed quæ facta sunt jure militari. Possunt enim & milites jure communi testari, *l.* 3. *hoc tit.* immo debent, cum extra castra versantur: sed cum in expeditionibus occupati sunt, proprio jure & privilegiato testandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus, quæ ad solemnitatem condendorum testamentorum pertinent. Itaque testamentum militis sive militare in causa proposita id solùm intelligitur, quod à milite factum est in expeditione, jure militum proprio.

TEXTUS.

In militum testamentis solemnitates remissæ.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus Principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, rectè nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis ædibus degunt, minimè ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, etsi filii familiarum sint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem observatione & in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proximè exposuimus.

NOTÆ.

Nostra constitutio) *L. pen. C. h. t.* id tamen & antea obtinuisse videtur, *l.* 1. *l.* 15. *C. eod.*

Quoquo modo) Sive in clypeo, sive vagina, sive in pulvere, εἰς τὴν γῆν τῷ ξίφει *l.* 15. *C. eod.* Synops. Attal. *tit.* 34.

Suis ædibus) In nonnullis est *sedibus*, testibus Vigl. & Giphan. & ita Cont. Wes. Fabrot. Sedes militum ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. *l.* 3. *cap.* 4. & *ult* Th. σεδίτοις, id est, ut Schol. §. 3. *inf.* προσεδρίαις. in stativis aut hybernis. Sedeta sunt stationes, *l.* 18. *C. de Episc. aud.* loca, ubi milites otiosè commorantur. Lapsus hic est Cujac. *consult.* 49.

Propter militiam) *Tit.* proximè *seq.* Significat filios familias militantes idem jus habere, quod patresfamilias stipendia item merentes, ut in expeditionibus jure militari, alias jure communi de peculio castrensi testari possint.

COMMENTARIUS.

1 *Imperitiam militum non esse causam principalem privilegii militaris, sed periculorum functionem.*
2 *Militibus remissa omnia, quæcumque subtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, sive ea ad constitutionem testamenti pertineant, sive ad infirmationem.*
3 *In hibernis aut præsidiis locatos jure privilegiario testandi potestatem non habere, & num.* 5.
4 *Vaginam, clypeum, pulverem militi chartæ loco esse posse, ensem pro calamo, sanguinem pro atramento, &c.*
6 *Etiam filiosfam. milites jure militari in castris testandi licentiam habere.*

PRopter *imperitiam eorum*) Causa beneficii, cujusmodi etiam mandatis inserta est eo capite, quod extat in *l.* 1. *hoc tit.* & rescripto Antonini, *l.* 3. *C. eod.* quibus locis hoc beneficium concessum traditur propter eorum simplicitatem: hoc enim est, propter imperitiam. Nam cùm simplicitati ut plurimum adjuncta sit rerum imperitia, immo verò cum ex imperitia nascatur simplicitas; hinc factum, ut simplicitas Latinis interdum sig-

significet imperitiam. Ut in illo Nasonis, *Heroid. ep. 2. v. 63.*

Fallere credentem non est operosa puellam
Gloria simplicitas digna favore fuit.

Idem quoque significatur in *l. ult. in pr. C. de jur. delib.* cùm milites dicuntur arma magis, quàm jura scire. Atque huc acommodari aliquo modo potest, quod Tacitus scribit *in vita Agricol. c. 9. Castrensis jurisdictio obtusior est, ac plura manu agens, calliditatem fori non exercet.* At enim verò non est hæc ratio adæquata, neque simplicitas militaris aut sola est hujus privilegii causa, aut principalis. Non sola: alioqui enim & fœminis & rusticanis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci, & cùm procul dubio multi etiam legum & juris periti stipendia fecerint, hos excipi. Non principalis, quia extra castra, & tempus expeditionis privilegio uti non possunt. Principalis verò causa est, quam Ulp. expressit *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* laborum & periculorum functio cùm in expeditionibus & castris sunt, quo tempore armorum cogitatio, pericula imminentia, & sese continendi necessitas, omnem aliam de jure cogitationem adimit. Et ideo nec militibus alio loco aut tempore suo jure testari licet, & aliis quibusvis, quamvis non mereant, in hujusmodi periculis & hostico, aut procinctu deprehensis, si ibi decedant, jure militari quoquo modo velint, quoquo modo possint, testari permissum, *d. l. un. l. ult. hoc tit.* VINN. Quum id privilegium militibus concessum sit ab eo tempore, quo jam mercenaria militia loco selectæ invaluerat; non ineptè credideris, veram ejus caussam esse, ut homines allicerentur ad militiam & eo lubentius nomina darent. HEIN.

Constitutionibus Principalibus) Primus Julius Cæsar, ut auctor est Ulpian. *leg. 1. hoc tit.* liberam militibus testamenti factionem concessit, cæterum eam concessionem ait fuisse temporalem: postea verò primum Titum, & post hunc Domitianum eamdem libertatem iterum dedisse, ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam à Nerva, & qui eum secutus est, Trajano; exinde hoc perpetuo privilegio milites usos, ut quoquo modo testati essent, rata esset eorum voluntas.

Neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint) Puta in continuatione actûs, in rogatione, subscriptione, & signatione testium. Itaque quamvis uno contextu actus testati non sint, quamvis testes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per scripturam testantes non curaverint tabulas subscribi aut signari, nihilominus tamen rectè testari intelliguntur: placetque, nudam voluntatem militum non minus pro testamento servari, quàm aliorum solemnem dispositionem, *l. 1. & passim. hoc tit. & C. eod.* Porro autem non in eo dumtaxat consistit privilegium militum, quod testamenta eorum non sint adstricta legibus, quæ ad externas illas solemnitates, numerum, rogationem, subscriptionem, obsignationem testium pertinent: sed in cæteris etiam partibus, sive illæ ad constitutionem testamentorum pertineant, sive ad infirmationem. Quæcumque subtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt, ut in universum rectè definit Duar. *c. 4. ad hunc tit.* Proinde etsi miles libetos, quos in potestate habet, sciens prætererit, *l. sicut. 9. & seq. C. hoc tit.* sive hæredem ex die aut ad diem instituerit; sive alias pro parte testato, pro parte intestato decesserit, *l. 6. l. in fraudem. 15. §. miles. 4. l. si duobus. 37. l. miles. 41. eod. l. 8. C. eod.* sive eum, quicum testamenti factio non est, hæredem fecerit, *l. idem. 13. §. 2. eod.* sive filio emancipato aut cuicumque extraneo in secundum casum directo substituerit, *l. 5. d. l. miles. 41. §. 4. eod.* sive hæreditatem condicillis directo dederit, *l. militis. 36. eod.* sive solis liberis, non etiamsi sibi testamentum fecerit, *d. l. in fraudem. 15. §. pen. d. l. miles. 41. §. ult.* nihilominus rectè testatur, & voluntas ejus prout jacet, custoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus licet, *l. si certarum. 17. in fin. hoc tit. l. 14. C. eod. l. 7. C. ad leg. Falc.* Jure communi numquam per se nuda voluntas testatoris ad infirmandum restamentum valet; invito eo multis modis infirmatur, *inf. quib. mod. test. inf.* Ex contrario sola militis voluntas ad infirmandum sufficit, *d. l. in fraudem. 15. §. 1.* invito autem eo, extra casum maximæ aut mediæ capitis deminutionis, *l. 6. §. sed si quis. 6. & seq. de injust. rupt. test.* testamentum ejus non infirmatur. Non agnatione, aut quasi agnatione, sui hæredis. *leg. 7. & seq. hoc tit.* (quod tamen temperabis ex *leg. 9. & d. l. militis. 36. §. 2. eod.*) non ipsius adoptione aut adrogatione, *l. miles. 22. & seq. eod. §. pen. inf. eod.* non alio denique testamento postea facto, si modo & prius valere voluerit, *l. quærebatur. 19. eod.* Hæc summa est: quædam diligentius excutientur inferius.

In expeditionibus) Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad confligendum cum hoste, quandocumque casus ingruat. Itaque ex-

expeditio non est conflictus ipse, neque etiam tempus belli: sed totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur, sive eum imminentem expectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ, vel ut invadant, vel ut invadentem sustineant ac propulsent. Cassiodorus 1. *va.* 17. *Hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota præliis, non debet aliis cogitationibus occupari.* Præsidia hiberna, cæteraque loca, in quibus militem extra castra commorari necesse est, sedes appellantur. Veget. *l.* 3. *de re mil. c.* 4. *& ult.* Sallust. *in Jugurth. cap.* 37. *Milites mense Januario ex hibernis in expeditionem evocat.*

Quod merito nostra constitutio introduxit) *L.*
3 *pen. C. hoc tit.* An igitur ante hanc constitutionem Justiniani, quamdiu milites in numeris manebant, quocumque loco & tempore jure proprio testari potuerunt? Id quidem Viglius affirmat: sed ego ambigo. Nam & in *l.* 1. *C. hoc tit.* quæ Antonini est & *in l. milites.* 15. *C. eod.* quæ est Constantini, expeditionis expressa fit mentio, & ratio privilegii, periculorum functio, quam affert Ulp. *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* cessat, cùm in castris & expeditione non sunt. Putarem tamen, olim milites, qui in provinciis habebantur, jure militari illic testari potuisse, quasi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum restitutionibus ea tantummodo tempora militibus prodesse Justinianus voluit, quæ in expeditione currunt, *l. ult. C. de test. mil. l. ult. Cod. quibus non objic. long. temp. præscr.*

Quoquo enim modo voluntas ejus, sive scripta, sive non scripta) Et scripta quidem valebit etiam nullis testibus adhibitis: nuncupata
4 duobus probari poterit. Quinimmo militi jamjam in hostem pugnaturo vagina, clypeus, pulvis, humus, chartæ vel tabularum loco esse possunt, & notæ pro litteris, *l. Lucius.* 40. *hoc tit.* sanguis pro atramento, ensis pro stylo, penna, aut calamo, *l. milites.* 15. *C. eod.* Cæterum hoc casu crediderim alio quoque opus esse testimonio, ut de eo constare possit, cùm vix fit, ut ex hujusmodi scriptura manus alicujus agnosci queat, aut per comparationem litterarum probari. Etsi enim voluntas militis quomodocumque declarata rata est; ea tamen legitimis probationibus ostendi debet, *d. l. Lucius.* 40. quod & Jo. Faber notat.

Vel suis ædibus) Ita enim legitur in utraque modo allegata constitutione, *l. ult. C. de postl. rev.* in Basilicis, teste Cujacio, *ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις*, Theophilus pro eo habet, *ἐν τοῖς λεγομένοις αὐτοῖς σεδίτοις.* *Σεδίτα* autem Hotomannus scribit quæ Latini *stativa* appellant. Ant. Augustinus *in l.* 18. *C. de Episc. aud.* vertit *stationes.* Suidas *fossata* esse tradit. Et ita *σίδιτον* apud Ruffum de legib. milit. pro *φοσσάτῳ.* Ego existimo, Theophilum intelligere loca omnia, in quibus milites commorandi potius, quàm pugnandi causa habentur, puta hibernacula, aut ubi in præsidiis sunt, *ἔνθα διάγειν αὐτοὺς ἀνάγκη*, (sic enim ipse interpretatur) donec expeditio aliqua suscipiatur. Sedes militum dicuntur, & ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. *lib.* 3. *c.* 4. *Ita exercitati & eruditi in sedibus milites, cùm ad expeditionem ex diversis convenerint locis, &c.* Idem *eod. lib. cap. ult. Milites pœna & timor in sedibus corrigunt, in expeditionibus spes & præmia faciunt meliores* Atque hoc etiam loco non *ædibus*, sed *sedibus* Contius & Wesembecius legunt: quomodo nonnullos etiam codices habere Viglius & Giphanius testantur. Puto autem, falsum esse Cujacium, qui ex facto consultus *consult.* 40. respondit, milites etiam in hibernis & præsidiis locatos ibidem jure privilegii sui testari posse. Nam qui sunt in hibernis aut præsidiis 5
neutiquam dici possunt esse in expeditione aut castris, quod tamen expressè requiritur & hoc loco & §. *sed hactenus.* 3. *inf. eod.* Cessante autem causa privilegii & ipsum cessat privilegium, *per vulgat.* Vinn. Cum Cujacio faciunt & alii, veluti Hœnon. *in Inst. h. t.* Gothofr. *ad l. pen. C. h. t.* Struv. *Exerc. ad ff. h. t.* §. 4. Sed Vinnii tamen sententia magis consentanea est *l. pen. C. hoc tit.* juncta *l. un. ff. de bon. poss. ex test. mil.* Conf. Tim. Fab. *Disp. Anniv.* 18. §. 16. Hein.

Et si filiifam. sint, &c. jure tamen communi) Ex his verbis Porcius colligit, filiosfam. jure militari testari non posse: quo nomine merito reprehenditur à Viglio. Locus planus est & 6
apertus. Restrinxerat ante privilegium militibus datum ad ea tempora, quibus occupati sunt in expeditionibus: ne quis verò ex eo putaret, milites & maximè filiosfam. alio tempore non posse testari, ullo modo, subjicit, posse quidem etiam milites extra castra & expeditionum occupationes testari, & posse etiam filiosfam. de quibus solis, cùm à privilegio militari recesseris, justè dubitari poterat; sed non aliter omnes & filiosfam. de castrensi peculio tunc posse, quàm jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator, filiosfam. milites in expeditione occupatos jure militari testari posse, sed ait, eos etiam cùm in expeditione non sunt, testari posse, verùm tunc non aliter,

quàm

quam jure communi, significans, eos idem jus utrobique habere, quod patresfam. stipendia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quàm inepti sint, qui militibus ordinum quorumdam, veluti Teutonicis, Rhodiis, aut Maltensibus, privilegium jure militari testandi asserunt, quasi nulla in hac causa ratio habita sit nudæ dignitatis, aut militiæ honorariæ. Vid. Duar. *in hunc tit. cap.* 3.

Paganorum) Pagani propriè dicti rustici, villani, κωμῖται, seu vicani. Hic autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes ἀστράτευτοι. Peculium paganum & castrense, in paganico & in castris ἀντικείμενα. A Scriptoribus Ecclesiasticis, & in constitutionibus Impp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile est, inde nata, quod cùm urbes fere omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu post in agris & pagis hæsit religio gentilis, & reliquiæ ethnicismi. VINN. Alii paganos dictos Deorum cultores existimant, quod Cristo non militent. Sed Vinni ratio solida est. Nam & Orosius in *præf. lib.* 1. Ex *locorum*, inquit, *agrestium compitis & pagis pagani vocantur.* Et Prudent. *in Roman. v.* 296. eos ideo vocat *pago deditos*, itemque pago implicitos, *adv. Symmach. lib.* 1. *v.* 620. HEIN.

TEXTUS.

Rescriptum D. Trajani.

1. *Planè de testamentis militum divus Trajanus Catilio Severo ita rescripsit.* Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse, quod & sine scriptura & à non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declaret quem vellet sibi hæredem esse, & cui libertatem tribueret; potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui; Ego te hæredem facio, aut: Bona mea tibi relinquo; non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest quàm ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit. Et per hoc vera judicia subverterentur.

NOTÆ.

1. *Et à non militantibus*) Ita quoque *in d. l.* 24. Fabrotus mavult, *ut à non militantibus quoque*, quomodo legisse videtur vetus instit. Interpres Gallicus, qui est in Biblioth. Reg. Verba citat Fabrot. quod valde placet. Ut autem à non militantibus jure communi, ita à militantibus jure etiam privilegiario.

Convocatis hominibus) Saltem duobus, per *l.* 12. *D. de testib.* etiam sine solemni illa rogatione aut præmunitione, quæ jure communi necessaria, *l.* 21. §. *pen. h. t.* nam utique etiam sine ea constare potest de voluntate militis, quod solùm requiritur. Et ideo scripta militis voluntas, etiam nullis testibus adhibitis rata est, per *l.* 1. *in fin. per l.* 25. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *In scripto militis testamento testibus opus non esse, in nuncupativo contra.*
2 *Quot testes à milite per nuncupationem testante adhibendi?*
3 *An rogatio testium testamento militari necessaria sit.*

D*Ivus Trajanus ita rescripsit*) Recitatur hoc idem rescriptum à Florentino in *l. Divus.* 24. *hoc tit.* Sententia rescripti hæc est, voluntatem militis qualemcumque, etiam eam, quam sine scripto protulit, pro testamento observari; cæterum prius esse, ut constet appareatque, serio atque animo testamenti faciendi militem verba pronuntiasse. Hoc ut doceatur, ipsorum militum maximè interesse, ne vera & seria eorum judicia subvertantur.

Et à non militantibus quoque) Giphanius legendum putat dempta negatione, *à militantibus*, quia, ut ait, alienum sit hic agere de non militantibus. Sed ratio ista tanti non est, ut propterea à consentiente omnium Codicum lectione, quæ & Pandectarum Florentinarum auctoritate confirmatur, recedendum sit. Non militantium autem ideo mentio fit, ut ex eo, quod his concessum est, arguatur, quod militantibus licere debeat. Argumentum à pari est: *Si licet non militantibus sine scriptura testari* (intellige secundum solemnitatem, quæ jure communi in testamento non scripto requiritur) *etiam militantibus licere debet eodem modo testari*, scilicet citra solemnitatem. Nam, ut

ex

ex verbis rescripti patet, consultus fuit Trajanus de testamento militis, quod hæredes ab intestato eo prætextu impugnabant, quod id sine scriptura factum esset. Atque ita quoque Theophilus, quem falso Giphanius alter legisse existimat. Fabrotus in *not. ad Theoph.* mavult legi, *ut à non militantibus quoque.* Quod valde placet. VINN. Sed sensus idem manet, si ET retineas. Nihil ergo opus est emendatione. HEIN.

Convocatis ad hoc humilibus) Ex iis constitutionis verbis triplex orta controversia est; una de necessitate adhibendorum testium in testamento militis; altera de numero; tertia
1 de eorum rogatione. De prima assentior Viglio, Cujacio, Hotom. Bachov. scilicet interesse, utrum miles per nuncupationem & sine scriptura testetur, au per scripturam: in nuncupatione omnino testibus opus esse, quod etiam hic locus expressè exigit: & quomodo alioqui de voluntate militis voce prolata constare poterit? In scripto autem testamento, etsi nulli testes à milite adhibiti sint, ratam tamen esse militis voluntatem, utpote de qua per scripturam & manum ipsius testatoris, quæ legitima probatio est, constare potest. Nihil autem amplius exigitur, quàm ut de voluntate militis quocumque modo testata cons-
2 tet. De numero testium adhibendo à milite per nuncupationem testante sic sentio, neque unum testem (quod putat Theophilus) sufficere, neque plures exigi, quàm duos. Illud, quia constitutio plurali numero utitur, neque unius testimonium legitimum est, quale tamen omnimodo requiritur, *l. Lucius.* 40. *hoc tit.* Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta est, *l.* 12. *de testib.* Atque ex ratione juris gentium, quod solùm in testamentis militum consideratur, ad probationem alicujus
3 actus duorum testimonium sufficit. De rogatione testium, quod tertium erat, eam non existimo in militari testamento esse necessariam. Primum, quia rogatio illa est pura puta solemnitas: in militaribus autem testamentis solemnitates omnes remissæ: deinde quia hæc omnium solemnitatum scrupulosissima est & subtilissima, longissimèque recedit à simplici ratione juris gentium, quæ sola regula est militarium testamentorum. Denique contraria sunt dicere, nudam & simplicem voluntatem sufficere, & desiderari rogationem. Quamobrem non dubito, quin falsum sit, quod Hotomannus post Jo. de Platea & Angelum scribit, ne militem quidem sine certa testium advocatione munitorum, ut ei actioni operam dent, testamentum conficere posse. Nihil certè Hotomannum juvant verba hujus text. *convocatis ad hoc hominibus.* Quippe quæ hic non dispositivè, sed narrativè tantùm ponuntur, atque ut exemplo aliquo declaretur, quomodo de militis voluntate, sine scriptura testati, certo constare possit. De eo enim præcipuè hic agitur, atque hoc tantùm cavetur, ne quilibet militis sermo temere pro vero ejus judicio capiatur, cùm sæpe soleant homines, præsertim merito alicujus provocari, jactare & dicis causa aliquid proferre, ac civiliter magis, quàm ex animo loqui. At ubi certo ex circumstantiis liquet, serium esse quod miles prolocutus est, & profectum ab animo testamentum condere volentis, voluntas ejus etiam ex hac ipsa constitutione servanda est. Atque ut certius de eo constare posse concedamus, si testes ad hoc specialiter sint convocati, aut cum alterius rei causa convenissent, præmoniti, cui rei eos adhiberi placeret, constare tamen etiam potest sine formali ista sive rogatione sive præmonitione. Quid enim si miles, forte postridie in aciem educendus, in tentorio præsentibus aliquot commilitonibus suis dixerit; *Ego Titium hæredem facio, ejusque rei vos mihi testes esse volo.* Certè hic præter testium fidem nihil requiritur, aut requiri ex ratione juris gentium potest. Postremo si paganis rogandi testes necessitas in codicillis remissa est, *l. ult. in fin. C. de codicill.* quanto minus in testamento militis ea requirenda, quod iis ipsis etiam legibus, quibus codicillos constitutio civilis adstringit, solutum est?

Plerumque sermonibus fieri solet) Puta in conviviis, circulis, ac congressionibus familiarium, ubi nonnumquam leviter quædam effundimus, & jactamus magis, quàm serio agimus aut loquimur. Et male ergo hinc colligit Hotomannus, ut ratum sit & pro testamento servandum, quod miles nuncupavit, non tam pendere ex militis voluntate, quantumvis serio testibus exposita, quàm ex convocatione testium & testimonii denuntiatione. Cùm hoc tantùm hinc rectè colligatur, non quemvis sermonem militis, quocumque loco coram quibusvis prolatum pro testamento continuo habendum esse; sed inspiciendas esse circumstantias, nec aliter, quàm si ex his apparet, animum condendi testamenti militem habuisse, ratum esse oportere, quod pronuntiaverit. Atqui de eo etiam constare poterit sine testimonii denuntiatione. Et qui de præsentia sua falso deponunt, eadem opera se vocatos & rogatos esse mentientur.

Vera judicia subverterentur) Quamobrem merito notatur Domitianus, quod alienissimas hæ-

hæreditates confiscabat, vel uno existente, qui diceret audisse se ex defuncto cùm viveret, hæredem sibi esse Cæsarem. Sueton. *in Domitiano, cap.* 12. Boni Principes ex jactatione aut nuda alicujus voce hæreditatem numquam admiserunt, *l. ult. qui test. fac. l. pen. de hær. inst. l. res quæ.* 22. §. 2. *de jur. fisc.* §. *ult. inf. quib. mod. test. inf.*

TEXTUS.

De surdo & muto.

2. *Quinimmo & mutus & surdus miles testamentum facere potest.*

COMMENTARIUS.

1 *Natura surdos & mutos in militiam legi non posse.*
2 *Quem natura voce & auditu privavit, eidem denegasse & facultatem testandi.*
3 *Eos quoque qui casu aliquo muti & surdi facti sunt, suprema condere non posse, nisi scribere sciant.*
4 *Notatur oscitantia compositorum.*

HIc §. male à veteribus interpretibus, Jo. Fabro, Porcio, Aretino, acceptus est de eo milite, qui natura surdus & mutus est. Nimirùm cùm paganis mutis & surdis, quibus non naturalis calamitas, sed morbus superveniens vocem abstulit, auresque conclusit, permissum sit testari, modo ei, quibus hoc accidit, scribere sciant, *l. discretis.* 10. *C. qui test. fac.* putaverunt illi, hic militibus aliquid jure singulari concedi, quod jure communi cæteris denegatum est: videlicet posse milites etiam mutos & surdos natos ex privilegio testari, ut voluntatem suam per signa ostendant; cujusmodi signa ajunt intelligi & explicari posse ab iis, qui cum muto & surdo familiariter vixerunt. Sed primum bene à Vi-
1 glio cæterisque melioris ævi interpretibus observatum est, natura mutum & surdum in numeros recipi aut in militiam legi non posse; utpote qui nec sacramentum præstare, nec imperium Ducis aut signa audire, tesseramve accipere & reddere queat: ejusque rei etiam argumentum est, quod milites, qui in hanc calamitatem inciderunt, ob eam causam ut bello inutiles dimitti solent, *l.* 4. *hoc tit.* ἄτοπον γὰρ inquit Theophilus, τοὺς τοιούτους στρατεύεσθαι. Deinde non minus absurdum est, quod
2 putant, eum, quem utraque illa facultate natura orbavit, testamentum facere posse: nam de signis quod afferunt, commentum est. Quæso enim, quibus signis is, cui nec audire nec loqui à natura datum est, sententiam suam de eo quod post mortem fieri velit, alteri explicare possit, qui, ut ipse Faber fatetur ignorat quid sit testamentum? Ac proinde etiam παράδοξον hoc Fabro videtur, nobis autem ἀδύνατον; cùm, quod natura negavit, beneficio Principis concedi non possit. Quod cùm probè animadverteret Jason in *add. ad Porc.* locum hunc, repudiato exemplo communi, accipiendum credidit de iis militibus, qui ex accidenti, accepto puta vulnere aut morbo aliquo in castris affecti, facultatem loquendi & audiendi amiserunt. Et quia paganis etiam 3
casu aliquo mutis & surdis factis, si litteras sciant, testari concessum est, *dict. l. discretis.* 10. *C. qui test. fac.* privilegium militum isto vitio affectorum in eo consistere putat, quod iis, etiamsi scribere nesciant, testari liceat, & hæredem per notas aut signa demonstrare; quod etiam Cantiunculæ placere video. Verùm enimvero qui litteris non potest, quibus ille notis certam dabit (hoc enim omnino necessarium est ex constitutione Trajani) voluntatis suæ supremæ significationem? Signis verò testari quemquam mortalium posse, uti nusquam traditum est, ita nec admittendum, ut possit. Nam cùm nulla signa idonea *sint* ad voluntatem ultimam alteri certo *significandam*, in re tanti momenti fides habenda esset divinationi quorumdam ineptorum hominum pro arbitrio suo hujusmodi signa temere interpretantium. Putaverunt igitur alii, nullum hic novum privilegium proponi, sed idem illud, de quo supra dictum, tantùm porrigi ad eos milites, qui muti & surdi facti sunt, ut nimirum his etiam liceat ante causariam missionem in numeris manentibus jure militari testamentum facere, contemptis solemnitatibus juris communis, *d. l.* 4. *hoc tit.* ne quis forte putaret, defectum sensus ac loquelæ solemnitate juris supplendum, aut quia *ob id* vitium mox dimittendi sunt, privilegio uti non posse. Sed nimis evidenter hoc loco novum privilegium profertur, quod ad personas militum & potestatem testandi, non tantùm ad formam & remissionem solemnium pertinet. Ego arbitror, peccatum hic aliquid esse 4
oscitantia Compilatorum. Certum est, olim paganum mutum aut surdum testamentum facere non potuisse, nisi ut liceret sibi facere specialiter à Principe impetrasset, *l.* 7. *qui test. fac.* militem autem mutum & surdum potuisse citra novam concessionem ex privilegio militari, *l.* 4. *hoc tit.* Nec minus hoc certum habeo, neque paganum mutum simul & sur-
dum

dum natum, aut factum quidem, sed qui scribere nesciret, hoc unquam ex speciali gratia obtinere potuisse, qui nec petere hoc potuit, neque militem in casu simili habuisse ex privilegio. Justinianus primus generali lege surdis & mutis (exceptis iis, quos modò dixi) facultatem testandi dedit, *d. l. discretis.* 10. *C. qui test. fac.* ex quo cùm etiam pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia militaria, ut olim, amplius referri non debuit. Cùm igitur nihilominus appareat, id hoc loco factum esse à Compositoribus, oportet eos, cùm hæc vel ex responso Ulp. *in d. l.* 4. vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse constitutionis illius Justinianeæ: quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subcriptione. Fallitur autem Bachovius, qui eam etiam priori Codici insertam fuisse opinatur, cùm primum edita sit biennio post editionem illius Codicis, anno scilicet primo post consulatum Lampadii & Orestis. Vinn. Justo sæpius compilatores vellicat Vinnius noster, & aliquando nihil tale meritos. Possunt surdi & muti pagani testari, si vitium sit discretum: milites etiam si conjunctum, dummodo, quid agant intelligant. Illi non nisi in scriptis: hi & nota. Quidni enim miles vulneratus, amisso linguæ & aurium usu, præsentibus commilitonibus, signis quibusdam evidentissimis ostendere possit, quas res suas cuivis relinquere velit, si rationis usus ipsi salvus sit? Denique nec opus est, ut id militibus vulneratis, mortuis ante missionem, concessum dicamus. Nihil enim impedit, ut quæstio hæc oriri non possit, si in eo periculo testatus miles missionem impetravit, & paulo post ex vulnere decessit. Hein.

Textus.
De militibus & veteranis.

3. *Sed hactenus hoc illis à Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant, & in castris degunt. Post missionem verò veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantùm valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem hæredi adscripta post annum extiterit? An quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.*

Notæ.

3. *Veterani*) Οἱ ἀπολυθέντες τῆς στρατίας Suid. qui justam missionem legitimis impletis stipendiis consecuti sunt, *l. 2. D. de veteran. l. 1. C. de exc. vet.* ἀφέσεως ἐντίμου τυχόντες. Julian. *orat.* 1. v. Eipf. *ad* 1. *annual.* & 2. *Hist.* Tac.

Commentarius.

1 *Falli tam eos, qui putant, hunc §. solùm pertinere ad milites surdos & mutos militia missos, quàm qui negant ad hos pertinere omnino..*
2 *An & quatenus milites capitis damnati jure militari testandi licentiam retineant?*
3 *An huc pertineant qui successoribus acceptis militare desinunt?*

Nulla ratio est cur dubitemus, utrum hic §. cum superiore connectendus sit, referendusque solùm ad milites mutuos & surdos, an generaliter ad omnes militia missos. Quippe cùm justior causa dubitandi sit de mutis & surdis propter incertitudinem voluntatis eorum quàm de reliquis; & quotquot sunt hac de re loci in Pand. illi generaliter loquuntur de omnibus, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, *l. quod constitutum.* 21.. *l. testamenta.* 26. *l. quod dicitur.* 38. *hoc tit.* neque absurdum est aut supefluum repeti, quod semel dictum est, si id fiat alterius rei significandæ gratia, quàm quæ præcessit, ut fit hoc loco. Sunt ex contrario qui putant, ea quæ hic traduntur, ad mutos & surdos milites dimissos aut extra castra versantes non pertinere: sed eos etiam post missionem aut alibi degentes retinere facultatem jure militari testandi: quod, ut unus error plerumque plures parere solet, ex eo natum est, quod crediderunt, mutos & surdos milites, sive ita natos sive factos etiam litterarum ignaros, jure militari testandi licentiam habere: quos si missos dicamus, non aliter testari posse, quàm jure communi. Negamus, eos ullo modo posse testari: quia nec possunt jure communi, *l. discretis.* 10. *C. qui test. fac.* & hoc verissimum est: falsum autem quod pro vero assumunt, posse ejusmodi mutos & surdos jure militari testari, ut abunde probavimus §. *præc.* 1

Post missionem verò) Huic rei obstare videtur, quod etiam is miles, qui capite damnatus est, jure militari testandi licentiam habet, *l. ex militari.* 11. *hoc tit.* qui tamen maximè pro misso & exauctorato haberi debet. Non unum est, quod hic respondeatur. Nam primùm miles capite damnatus privilegium testandi non retinet, nisi id nominatim sententia comprehensum sit, *l. si quis.* 22. §. 1. *de* le- 2

legat. 3. aut petierit & impetraverit, ut sibi jure militari testari liceret, *l. cum hic.* 32. §. *si miles.* 8. *de donat. int. vir. & uxor. l.* 6. §. *sed etsi.* 6. *de injust. rupt. irr. test.* Deinde nec is miles retinet, qui ex delicto communi capite puniri meruit, sed tantùm, qui ex militari, *dd. ll.* & *l* 1. *de vet. & mil. success.* nec eo quovis: non eo, quo fidem sacramenti rumpat, *d. l.* 11. *hoc tit.* verùm ex leviore aliquo: sunt enim multa malitiæ delicta minus atrocia, quæ tamen ut capite puniantur, rigor disciplinæ militaris postulat. Denique testandi jus his tantùm conceditur de bonis castrensibus, quæ non vindicantur fisco; sed ab intestato ad proximos cognatos pertinent, *d. l.* 1. & *l.* 2. *de vet. & mil. succ.* quod cùm unicuique permissum sit à successione sua excludere facto testamento, id militi etiam in proposita specie permitti placuit.

In annum, &c.) Testamentum in castris jure militiæ factum jus suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eo usque, dum institutionis conditio extiterit, *l. quod constitutum.* 21. *l. testamenta.* 26. *l. quod dicitur.* 38. *hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus Reip. causa quales etiam sunt milites, concessa post reditum usque ad annum perseverant, §. *item* 2. *supr. de exc. tut.* De conditione hac, quia conditio quandocumque existens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac si ab initio purè institutio facta fuisset, *l. si pupillus.* 26. *de cond. inst. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign. l.* 8. *de per. com. rei vind.* Cæterum missionem intelligi oportet, vel honestam, quæ emeritis stipendiis indulgetur; vel causariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum testamenta, qui ignominiæ causa missi sunt; statim desinunt militari jure valere. *d. l. testamenta.* 26. *hoc tit.* Consule de hoc *l.* 1. §. 2. *de his qui not. infam.* Lipsium *in lib.* 1. *Annal. Tacit.* Quæsitum est, an quod hic traditur
3 etiam ad eos pertineat, qui non missione, sed successoribus acceptis militare desinunt, quales sunt duces exercitus, tribuni cohortium, aut legionum, vel præfecti, nam testari quidem hos omnes jure militari posse, quamdiu exercitui, legionibus, aut cohortibus præsunt, certum est. *l. tribunus.* 20. *l. Titius* 25. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Et Africanus respondit, non pertinere, sed statim atque successorem acceperint, horum testamenta jure militari valere desinere, *d. l. quod constitutum.* 11. *hoc tit.* Ait autem non pertinere, quantum ad verba constitutionum attinet, quæ de missis loquuntur, non quibus successor datur. Quid si igitur nos cum Cajacio *ad d. l. tract.* 4. *ad African.* tentemus, ex sententia constitutionum etiam ad hos beneficium illud pertinere? Cur enim verba legum captamus? Aut quid in proposito refert, utrum quis dimittatur an successorem accipiat? Certè Ulpianus non dubitat edictum de iis, *qui notantur infamia*, quod de missis loquitur, ad eos extendere, quibus successores dantur. *d. l.* 2. §. 2. *de his qui not. infam.*

TEXTUS.

Si testamentum factum ante militiam.

4. *Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit, sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.*

NOTÆ.

4. *Ante militiam*) Id est, qui cùm adhuc paganus esset, non jure communi testamentum fecit.

Resignavit) Resignare est signatum aperire, ὑποσφραγίζειν, *l.* 1. §. 36. *depos. leg.* 6. *testament. quem. ap.*

Manifesta militis voluntas) Utique igitur semper necesse est, ut miles postea factus tempore expeditionis nova aliqua testatione voluntatem declararet, alias id testamentum ad privilegia militaria non pertinebat, *l.* 9. §. 1. *l.* 20. §. 1. *l.* 25. *hoc tit.* Nec obstat, *l.* 15. §. 2. *cod.* ibi, *si militis voluntas contraria non sit.* Hoc enim sic accipiendum, quasi JC. dixisset: si militis voluntas, quæ postea secuta est, priori non sit contraria, sed eam confirmet.

COMMENTARIUS.

1 *Testamentum non rite à pagano factum jure militiæ valere, si is, miles postea factus & in castris degens, recenti aliquo judicio priorem voluntatem comprobaverit.*
2 *Si nulla nova voluntatis declaratio intervenerit, testamentum illud ad privilegia militum non pertinere.*
3 *Ulpianus secum & cum aliis conciliatus.*

Aliud privilegium militare spectans confirmationem testamenti ante militiam non jure ordinati, quod tale est: Si quis, cùm paganus esset, testamentum non jure commu-

ni

ni civium fecit, & postea cùm militare cœpisset, in castris aut expeditione degens, quovis recenti judicio, & sive voce, sive facto aliquo declaraverit, se id testamentum valere velle, valebit ex nova militis voluntate: atque ita videbitur testatus per relationem. Est verò hoc superiori omnino consequens: nam cùm militi nuda voluntate testamentum facere permissum sit, ei etiam permittendum fuit, testamentum, quod ante militiam fecit, nuda voluntate postea comprobare: quoniam hæc militis voluntas testamentum est, *l. 1. in fin. pr. l. in fraudem. 15. §. 2. hoc tit.*

Resignavit illud, & quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta, &c.) Ad confirmationem testamenti, quod quis inutiliter ante militiam fecit, uti nihil amplius requiritur, quàm ut miles postea factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita etiam necesse est, ut hoc nova aliqua testatione voluntatis declaret. Duo enim semper in omni militari testamento exigimus; ut de voluntate
2 militis constet; ut in expeditione testatus sit. At in proposito neque de voluntate militis constare potest, si nulla nova testatio intervenerit; quin potius tunc censendus est, priorem inutilem voluntatem, qualem esse sciebat, talem manere voluisse: nec dici potest in expeditione testatus, à quo neque factum quicquam est, neque dictum, quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enim verò non præcisè requiritur, ut miles recentem voluntatem apertè & verbis declaret, sed sufficit, eam re aliqua & facto significari, unde commodè intelligi possit: cujusmodi facta sunt, si testament. resignaverit, legeritque, ac rursus suo signo signaverit, si aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, induxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omnino necessarium est, ut hic locus apertè ostendit, & apertius adhuc Jurisconsultus, *l. Tribunus. 20. §. 1. eod.* disertè scribens, si nihil eorum, quæ diximus intervenerit, testamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus similia leguntur *in l. quod dicitur. 38. §. 1. in fin. eod. l. 8. §. 4. de jur. eod.* Omnium autem apertissimus in hanc sententiam locus est Marcelli in *l. Titius. 25. hoc tit.* ubi sic scribit: *Testamentum, quod (Titius) ante tribunatum fecisset, nihil*
3 *si postea ab eo factum, dictum esse probaretur, ad jus commune pertinet. Constitutionibus enim Principum non militum testamenta, sed quæ à militibus facta sunt, confirmantur.* Cur igitur in re manifesta laboramus? Propter responsum Ulpiani, quod extat in *l. fraudem. 24. §. 2. eod. tit.* in hæc verba; *Testamentum ante militiam factum à milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis voluntas contraria non fit, Divus Pius rescripsit.* Ecce, non novam hic voluntatis declarationem Jurisconsultus exigit, sed tantùm ut nulla contraria voluntas secuta sit; atqui hoc etiam tunc fit, cùm nulla omnino secuta est. An dicimus, Jurisconsultum loqui non de eo, qui cùm paganus esset, testamentum fecit, sed de milite, qui testatus est ante militiam? Ita quidem Gloss. Jo. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo, quomodo miles dici possit ante militiam testamentum fecisse, nisi militem accipiat κατ' ἀναφορὰν qui nunc miles est, cùm tempore facti testamenti esset paganus: nec illa Ulpiani verba, testamentum ante militiam factum à milite, aliter accipi debent aut possunt, quàm si dixisset, testamentum à milite factum antequam miles esset, seu cùm adhuc esset paganus: quibus etiam verbis ille ipse utitur, idem hoc rescriptum D. pii referens, in *l. 1. §. 9. eod.* Hoc cùm animadverteret Franciscus Hotomannus, ἀντινομίαν esse pronuntiavit, quem secutus est Ant. Matthæus. Verùm enimverò si hic antinomiam admittimus, ubi non admittemus? Mille loci sunt, in quibus major in speciem cum aliis pugna est, quàm in loco Ulpiani cum iis, quos antea allegavimus. Fatetur Hotomannus, Julianum, Marcellum, Paulum, atque adeo ipsum Justinianum hoc loco exigere argumenta recentis judicii & prioris apertam comprobationem: sed ait, ita jus vetus fuisse; novum autem constitutum esse à D. Pio sola taciturnitate, quasi perseverantia judicii contento; quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob causam etiam Justinianum reprehendit, quod contra quam in prooemio recipit, jus obsoletum hic nobis obtruserit. Si à solo Juliano, qui cæteris antiquior fuit, id proditum esset, poterat videri speciem aliquam veri habere, quod Hotomannus dicit. Sed cùm etiam Marcellus, quo consiliario usum esse D. Pium testis est Capitolinus, & post hunc etiam Paulus: qui assessor Papiniani, & Ulpiani in assessura collega fuit, auctore Lampridio *in Alexand.* idem affirment, nullus color relinquitur, qui opinioni Hotomanni prætexi queat. Utique enim nimis putidum est dicere, aut ignorasse eos jus, quod à D. Pio constitutum erat, aut contra expressam constitutionem Principis respondisse. Quin etiam ipse Ulpianus *in l. 9. §. 1. hoc tit.* disertè in hac eadem specie exigit prioris voluntatis expressam approbationem, idque, ut testatur, secundum D. Pii rescriptum. Ait enim, testamentum fa-

ctum à pagano, qui postea militare cœpit, jure militari, valere, si miles factus hoc maluit, ut à D. Pio rescriptum est. Quid verò hoc aliud est, quàm si dixisset, si miles factus indicio aliquo novæ voluntatis ostenderit; se id velle valere? Significantiora certè sunt verba Jurisconsulti, quàm ut de simplici silentio, aut voluntate in mente retenta intelligi possint. Atqui idem rescriptum est, idemque auctor, qui ejus meminit in *d. l. fraudem 15. §. 2. eod.* ut proinde eumdem utrobique etiam sensum esse, licet verba diversa sint, oporteat. Quod cùm dicimus, hoc dicimus, verborum in *d. l. 15. §. si militis voluntas contraria non sit*; & illorum in *d. l. 9. §. 1. si hoc maluit miles*, unam eamque esse sententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata esse constat ad rem eamdemque significandam. Plus nimirum sensit Jurisconsultus in *d. l. 15. §. 2.* quàm scripsit; quod cùm manifestum sit tum ex aliis locis, tum ex *d. l. 9. §. 1.* quæ est ipsius Ulpiani, cur verba urgemus, quæ & ipsa insuper ambigua sunt, & sic quoque accipi possunt, non ut nulla nova voluntas exigatur, sed ut saltem aliqua, quæ tamen priori contraria non sit, sed eam confirmet? Quamobrem minor, quid Hotomanno & Ant. Matthæo, summis alioqui viris, in mentem venerit, quod eos, qui ajunt: Ulpianum & secum & cum cæteris de re proposita convenire, contentionis quàm veritatis cupidiores esse, tam præcipites pronuntiaverint.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus.

5. *Denique & si in adrogationem datus fuerit miles; vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet; nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

NOTÆ.

5. *Quasi ex nova militis voluntate*) *L. 22. eod.* ut capitis minutione secuta, voluntas repetita censeatur: nam jure communi requiritur nova voluntatis declaratio, *l. 11. §. 2. sec. tab.*

TEXTUS.

Jure communi testamentum irritum fit etiam minima capitis diminutione testatoris, puta si se adrogandum dederit, *§. 4. inf. quibus modis test. inf.* militare non item. Sed & si filiusfamil. miles à patre in adoptione datus fuerit aut emancipatus, placet testamentum ejus valere, nec capitis diminutione irritum fieri, *l. miles 22. & l. seq. hoc tit.* Ut autem huic quæstioni locus sit, oportet, testamentum factum statuatur de bonis castrensibus: nam filius quidem familias de aliis bonis testari non potest, pater autem familias, etsi potest, si tamen de omnibus bonis testatus sit, necesse est tale testamentum infirmari per adrogationem: quippe cùm quicquid extra peculium castrense est, id acquiratur patri adrogatori; qua de causa etiam Jurisconsultus in *l. 23. hoc tit.* expressè meminit militis de castrensibus dumtaxat rebus testati. Quamvis autem quod hoc loco & *d. l. 22. & l. seq.* proponitur, inter privilegia militaria referatur: idem tamen postea, neglecta subtilitate juris, productum videtur ad veteranos jure communi de bonis castrensibus testantes, *l. 1. §. exigit 8. de bon. poss. sec. tab. l. 6. §. ult. de injust. rupt. testament.*

TEXTUS.

De peculio quasi castrensi filiisfam. testari permissum, sed jure communi.

6. *Sciendum tamen est, quod, cum ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quam principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari, nostra constitutio id latius extendens permiserit omnibus, in hujuscemodi peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.*

NOTÆ.

6. *Nostra Constitutio*) *D. l. ult. C. de inoff. test. l. ult. C. qui test. fac.*

COMMENTARIUS.

1 *Privilegium jure militari testandi etiam nostri temporis militibus competere.*

De differentia & qualitate peculii filiorumfamil. actum *sup. §. 1. per quas pers. cuiq. acq.* hic tantùm quædam monentur propter id peculium, quod ad exemplum castrensis filiisfam. concessum fuit, olim eorum quibusdam dumtaxat cum potestate de eo testandi, à Justiniano cum eadem potestate omnibus, *l. ult. C. de inoff. test. l. ult. C. qui test. fac.*

An-

Anteriores leges) Pandectas intelligo cum Cujacio. Etenim etiam ea, quæ legibus continentur, de hoc quasi castrensi peculio, non esse ex lege aliqua ad populum lata, sed ex constitutionibus, argumento est, quod ipsum peculium castrense, cujus exemplo comparatum est quasi castrense, ex constitutionibus est. In Pandectis autem non semel tantùm, aut ad summum iterum, ut falso Mynsingerus existimat, sed sæpius hujus quasi castrensis peculii mentio fit, ut in *l. 1. §. in filii. 6. ad senat. Treb. l. 3. §. dari 5. de bon. poss. l. 1. §. nec castrense 15. de collat. l. filiusfam. 7. §. ult. de donat.* VINN. Rectè Vinnius negat, peculium quasi castrense esse ex lege libera rep. condita, si de vocabulo quæstio sit. Id enim omnino inventum ad exemplum peculii castrensis. Res ipsa tamen locum habuit in virginibus Vestalibus, Flaminibus, Dialibus, aliisque sacerdotibus, qui veteri ritu capiebantur. Gell. *lib. 1. cap. 12.* Hi enim licet patriæ potestati subessent, tamen poterant de peculiis suis testamentum condere. Dicuntur quidem patria potestate exiisse: Ulp. *Frag. tit. X. §. 5.* sed Gellius addit: *sine capitis diminutione*, ne eos jura familiæ amisisse existimes. Quum itaque hoc privilegium sacerdotum admodum simile fuerit ei, quod postea constitutionibus Principum filiis familias in peculio quasi castrensi datum novimus: non absurde existimari poterit, has *anteriores leges* hæc scribenti vel Triboniano, vel Cajo, vel alii cuicumque veteri JCto, antiquitatis gnaro in animo fuisse. HEIN.

Quam principales constitutiones) Constitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam etiam extant in posteriore Codice, *l. velut 7. Cod. de assess. l. 4. Cod. de adv. div. jud. 1. l. un. C. de castr. omn. palat. pec. l. ult. C. de castr. pec. lib. 12.*

Et horum quibusdam) Veluti consulibus, proconsulibus, legatis & præsidibus provinciarum, cæterisque in universum omnibus, qui positi erant in eminentiore aliquo dignitatis aut administrationis gradu: patronis verò causarum, memorialibus, agentibus in rebus, magistris liberalium artium, archiatris, & id genus aliis in tam ampla dignitate non constitutis, ea quidem, quæ hujusmodi operam Reipub. navantes paraverant, plena proprietate concessa fuerunt ut hæc etiam patre mortuo quasi peculium quoddam castrense praeciperent: cæterum jus de his rebus testandi iis datum non fuit, *l. ult. C. de inoff. test.* Hinc apparet, non satis validum esse argumentum, quo nonnulli filiisfamilias jus testandi defendunt etiam in peculio adventitio iis casibus: quibus plena ejus proprietas illis concessa est: de quo amplius *tit. proximè seq.*

Testari quidem, sed jure communi) *D. l. ult. C. de inoff. test. d. l. ult. C. qui test. fac.* Quare filiifamil. omnes, qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Justiniani, quod filiifam. veterani in peculio castrensi: jure autem militari testari non possunt: hoc enim privilegium illis solis tributum est, qui sub armata militia stipendia merent: neque simpliciter, sed tunc, cùm expeditionum laboribus occupantur, ut inepti sint, qui hoc extendunt ad alias militiæ species, togatæ scilicet aut alias imaginariæ, cujus crebra mentio in tribus posterioribus libris Codicis. Illud nihil refert, utrum quis pedes mereat, an eques. In classibus omnes nautæ & remiges milites sunt, *l. un. §. 1. de bon. poss. ex test. mil.* Quidam ne- 1
gaverunt, privilegia jure militari testandi competere militibus nostrorum temporum, eo quod vetus ratio legendi & ritus assumendi militem in desuetudinem abiit. Sed hoc argumentum nullius momenti est: durat enim nihilominus causa privilegii, laborum & periculorum functio, cùm in expeditionibus sunt, ubi armorum strepitus vocem juris civilis eos audire non patitur, Vigl. *ad rubr. hic.* Gail. *2. obs. 118.* Vaud. *1. q. 55.* Christin. *volum. 4. decis. 3.* Sichard. *ad rub. C. h. t. n. 9.* Graff. §. *substitutio, quæst. 66.* Grot. *2. introd. 7.* Perez *C. de test. mil. in fin.*

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Dig. Lib. 28. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 22.

1 *Ut testamentum consistat, quænam in persona testantis requirantur.*

2 *Damnatos capite olim certo jure testandi facultatem amisisse.*

An

3 *An novellis legibus ab eo jure recessum.*

Reditus ad jus commune. Desseruit *tit.* 10. de forma & modo testandi: progreditur nunc ad personam testantis; quod est alterum ex tribus illis, quæ in omni testamento consideranda esse diximus *sub rub. d. tit.* In persona testantis duo exiguntur: unum est, ut conditione sit civis Ro-
1 manus; quod indicat primum & secundum caput legis Falcidiæ, *l.* 1. *ad leg. Falc.* Proinde testamentum facere non possunt peregrini, ad peregrinitatem redacti, ut deportati, *l.* 8. §. 1. *&* 2. *h. t. qui test. fac. l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. nam servi aut capti ab hostibus, *d. l.* 8. §. *ult. l. filiusfamil.* 16. *hoc tit.* §. *ult. inf. eod.* nec obsides, nisi eis permittatur *l.* 11. *eod.* Ac ne is quidem, qui de statu suo & conditione incertus est, testari potest, *l.* 14. *& seq. eod. l.* 1. *in pr. de legat.* 3. Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo paterfam. de quo statim *in pr. hujus tit.* Qui patresfamiliarum sunt, omnes testamentum facere possunt, exceptis iis, qui voluntatem suam recto certoque judicio significare aut exprimere nequeunt, de quibus in §. 1. *&* 3. *seqq.* nec non aliis quibusdam, quos lex ob delictum admissum, aut apostasiam hæresimve nominatim testari vetat, *l. is cui* 18. §. 1. *l. cum lege* 26. *hoc tit. l.* 3. *C. de apostat. l.* 4. *C. de haeret. & Manich. l.* 6. *& au-*
2 *th. seq. C. de incest. nupt.* Olim omnes capitali crimine damnati certo jure testamenti factionem amittebant, quoniam statim atque sententiam passi essent, libertatem, & civitatem perdebant, *d. l.* 8. §. *ult. l.* 6. §. *sed &* 6. *de injust. rupt. test. l.* 12. *l. qui ultimo* 29. *de pœn.* Ajo *damnati*: nam si quis indemnatus, quantumvis post accusationem & in custodia decessisset, ejus testamentum valebat, *l.* 9. *hoc tit.* uti & damnati appellatione interposita, medioque tempore pendente appellatione testati & defuncti, *leg.* 13. §. *ult. eod.* Quæritur autem, an novellis legibus, *Nov.* 17. *c.* 12. *Nov.* 22. *cap.* 8. *item* 134. *cap. ult.* unde *auth. sed hodie, C. de don. int. vir. & ux. & auth. bona, C. de bon. proscript.* ab eo jure recessum sit? Nam his constitutionibus & servitus pœnæ tollitur, & bona capite damnatorum non publicantur, extantibus liberis & parentibus. Sed tamen quia eis bona adimuntur, & in liberos vel parentes transferuntur, ne hodie quidem eos testari posse dicendum videtur, D. Tulden. *hic cap.* 6. add. Salicet. *in dict. auth. sed hodie.* Vasq. 3. *contr. illust.* 96. Grass. §. *testamentum, q.* 21. Jac. Verwey *tract. de art. testam. cap.* 4. ubi notat, in his regionibus damnatos capite, quorum bona publicata non sunt, testamenti factionem retinere.

TEXTUS.

De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ii, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nibilo magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipuè militibus, qui in potestate parentum sunt: quibus de eo, quod in castris acquisiverunt, permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantùm militantibus datum est, tam ex auctoritate Divi Augusti, quàm Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis à militia, id est, veteranis concessum est. Itaque siquidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerunt. Si verò intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus, qui id in castris acquisierit: quamquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur; exceptis videlicet iis, quæ ex sacris constitutionibus & præcipuè nostris propter diversas causas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfam. testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

NOTÆ.

Qui in alieno jure subjecti) Filiifam. testamentum facere non possunt, *l.* 6. *h. t. l. pen. C. eod.* & olim quidem vel ideo non poterant, quia nihil suum habebant. Ulp. *tit.* 20. §. 9. Hodie non possunt, quia ne nunc quidem quicquam pleno jure tamquam patresfam. habent, excepto peculio castrensi & quasi; de quo ob id etiam testati iis permissum. Testandi autem facultas solis patribusfam. lege concessa: *Paterfam. uti legassit, &c.* Cic. *ad Heren. lib.* 1. *cap.* 13.

Quamvis parentes permiserint) Quia testamenti factio juris publici est, *l.* 3. *hoc t.* id est, ei soli competit, cui jure publico permissa. Ex quo efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legatumve aut fideicom-

mis-

missum relinquere filiusfam. possit, *l. 6. §. 3. de jur. cod. l. 25. §. 1. de mort. caus. don.*

Jure communi) Id est, jure hæreditario, post liberos & fratres intestato mortui, ut est in textu, *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib.* jure novissimo à liberis solùm; non etiam à fratribus parens excluditur, *Nov. 118. c. 2.* Explodendum igitur, quod Cujac. Pac. Fabrot. in margine notant, *jure communi, id est, jure patrio, jure peculii*, ex veteri & rogato jure in *l. 2. de castr. pec.*

Proprium ejus esse) Ita ut in eo vice patrisfam. fungatur, *l. 2. de SC. Mac.* quod jus & quasi in castrensibus ei postea tributum *§. ult. tit. sup.*

Quamquam jure civili) Oratio perplexa, sententia tamen Justiniani ex iis quæ antecedunt & mox subjiciuntur, satis manifesta. Vide comment.

COMMENTARIUS.

1 *Cur filiisfamilias testamenti factionem non habeant?*

2 *Cur ne patre quidem consentiente rectè testentur, cum ita mortis causa rectè donent?*

3 *An testamentum à filiofam. factum cum consensu patris propter adscriptam clausulam, ut id valeat cujuscumque ultimæ voluntatis vi, saltem sustineatur in vim donationis causa mortis?*

4 *Intestato filio mortuo, peculium castrense jure Codicis ad patrem non redisse jure peculii; sed liberis & fratribus non extantibus, jure successionis ad eum devolutum.*

5 *Peculio pagano adventitio cum castrensi communia.*

6 *Plenius ac planius quàm vulgo ostenditur, filiumfam. ne de iis quidem adventitiis testari posse, quorum fructus patri non quæritur.*

7 *An de his codicillos facere, aut sine patris consensu mortis causa hæc donare possit?*

8 *Quid hic moribus harum regionum receptum?*

QUi *alieno juri subjecti*) Lex duodecim tabularum liberam testandi facultatem civibus concedens præcisè ac definitè de patribusfam. locuta est: Extat integrum legis caput apud auctorem *ad Herennium, lib. 1. c. 13.* in hæc verba: *Paterfamilias uti legassit super familia pecuniave sua, ita jus esto.* Ex eo, quod Decemviri hoc jus nominatim
1 concesserunt patrifamil. hoc est, civi Romano, qui sui juris est, satis intelligitur, idem eos filiisfam. permittere noluisse. Quinimo non potuerunt nisi ridicule testandi facultatem permittere iis, qui nihil suum habebant, de quo testari possent: quippe notum est, filiosfam. olim omnia parentibus, quorum in potestate erant, pleno jure acquisivisse; quæ etiam ratio, cur filiisfam. testari non possint, reddita est ab Ulpian. *in fragm. tit. 20. §. filiusfam. 9.* duratque eadem etiam nunc. Quicquid enim hodie filiusfam. proprium est, in eo non ut filiusfam. sed ut paterfam. consideratur. Et peculium quidem castrense & quasi castrense sub qualitate patrisfam. ei plenissimo jure concessum est: cæterum & in adventitio quadantenus vicem patrisfam. sustinet: cùm alioqui ne proprietas quidem hujus peculii penes eum esse posset, pugnatque cum conditione filiisfam. aliquid proprium habere. Hoc autem posito, filiosfam. jus testamenti faciendi non habere, consequens est, eos nec legatum aut fideicommissum relinquere, aut codicillos facere posse: quippe quæ iis demum permissa sunt, qui & testamentum condere possunt, *l. 2. de legat. 1. l. 1. §. 2. de legat. 3. l. 6. §. pen. de jur. cod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quod filiisfam. nihil habent proprium.

Quamvis parentes eis permiserint) *L. 6. eod.* Atque hoc etiam ut consectarium ex superiori deducitur. Etenim permissio illa patris non efficit ut filiusfam. incipiat esse paterfam. Lex autem duodecim tab. non aliis, quàm patribusfam. testandi potestatem concessit: eoque pertinet quod Papinianus scribit, *l. 3. eod. Testamenti factio non privati sed publici juris est*, hoc est, jus testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed jure publico & legibus cuique tribuitur. Adde, quod ne sic quidem filiosfam. quicquam acquiritur, de quo testari, aut in quo hæredem habere possit. Ex quo jam etiam efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legare aut fideicommissum relinquere valeat. Eadem enim utrobique ratio est. An igitur filiosfam. nec mortis causa donare volente patre permittendum? Ita videri potest, cùm mortis causa donationes per omnia fere ultimis voluntatibus comparentur, *§. 1. sup. de donat. l. ult. C. de mort. ca. don.* Placuit tamen posse filiumfam. permittente patre mortis causa donare: nimirum quia donatio mortis causa, etsi in plerisque jure ultimæ voluntatis censetur, in quibusdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habet, *l. senatus 35. §. 3. de mort. ca. don.* maximèque in eo, quod eam perficiendam traditione aut conventione opus est, ut pluribus ostendimus in *d. §. 1.* ac proinde hactenus etiam eodem jure cum conventionibus ha-

haberi, hoc est, privatorum arbitrio regi debet, perindeque habendum, ac si pater ipse per interpositam filii personam donasset, in eoque usus esset filii ministerio, *l. 9. §. 2. de donat.* Atque hanc ob causam, etsi filii quoque persona in hac donatione spectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda, putarem tamen, etiam patrem eam revocare posse, cum Bart. *in l. 2. §. 1. de donat.* Ang. & Jo. Fab. *hic.* Nam quod traditum est de testamentis, ea non debet pendere ex alieno arbitrio, *l. illa constitutio 32. de hær. inst.* protinus ad mortis causa donationes trahendum non est. Non obstat iis, quæ diximus, argumentatio Ulpian. *in l. 1. §. 1. de tut. & rat. distr.* concludentis, ei, cui testamenti factio permissa non est, nec permittendum esse mortis causa donare. Procedit enim ista argumentatio in patrefamil. qui bona propria habet, sed testari non potest propter ætatem & defectum judicii, qualis est pupillus, de quo etiam Jurisconsultus
3 loquitur. Hinc jam illud quæsitum est, si filiusfamil. testamentum cum consensu patris condiderit adscripta clausula: *si non valeat jure testamenti, valeat jure codicillorum, aut cujuscumque ultimæ voluntatis vi*, num in hac specie voluntas filii substineri debeat saltem in vim donationis causa mortis? Et vulgo placuit, debere: quoniam appellatione ultimæ voluntatis etiam mortis causa donatio continetur, & in proposito clausula illa, *aut cujuscumque ultimæ voluntatis*, in nulla alia specie ultimæ voluntatis verificari potest, quàm in donatione mortis causa: quæ utique patris consensu facta valet, ut jam demonstratum est. Ita D. Vigl. *hic n. 10.* Clar. *§. donatio. quæst. 6. n. 8.* Thesaur. *decis. 150.* Fachin. *5. contr. 64.* VINN. Cæterum in eo, quod ne permittente quidem patre testari potuerunt filii familias, deterior fuisse videtur eorum conditio, quàm servorum, quos permittentibus dominis condidisse quasi testamenta, docet exemplum apud Plin. *lib. 8. Epist. 16.* HEIN.

Exceptis iis, quos antea numeravimus) Qui scilicet castrense & quasi castrense peculium habent. In his enim bonis filiifam. beneficio Principum testamenti factionem habuerunt, *§. ult. præc. tit. l. ult. C. de inoff. test. l. pen. & ult. C. hoc tit. l. 7. §. ult. de donat.* & quoad cætera quoque in hoc peculio plenissimo jure patrumfam. usi sunt, *l. 2. de Sen. Mac. l. 4. de judic.* excepto quod intestati morientes in eo etiam exitum filiorumfamilias patiebantur, *leg. 2. de cast. pecul.* de quo mox uberius.

Quod jus ab initio tantùm militantibus, &c.) Refert Imperator, quibus gradibus ad summum ejus juris, quod filiifam. in castrensibus habent, perventum est. Initium ejus Augusto tribuit, (Ulpianus Julio, *l. 1. de test. mil.*) progressum Nervæ & Trajano, (Ulpian. *d. loc.* etiam Titi & Domitiani meminit) patetque ex illo Juvenalis *sat. ult. v. 52.*

Solis præterea testandi militibus jus
Vivo patre datur, &c.

sub Domitiano idem obtinuisse: consummationem Hadriano: quippe illi militantibus tantùm, hic etiam veteranis, de eo, quod in castris acquisiverunt, cæteroque peculio, quod militiæ beneficio adepti sunt, *l. 11. de castr. pec.* vivis parentibus, quorum in potestate sunt, testandi facultatem dedit, ita ut quod antea solorum militum erat, id bonorum privilegium rescripto Hadriani factum sit. Illud interest, quod veteranis non nisi jure communi, militibus etiam suo, id est, militari jure, testamentum facere permissum est. Veterani autem dicebantur, qui vel exauctorati sub vexillo adhuc retinebantur, cæterorum immunes, nisi propulsandi hostis; vel qui confectis legitimis stipendiis protinus dimissi erant, ἀφέσεως ἐντίμου τυχόντες. Consule commentaria D. Lipsii *in lib. 1. Annal. Taciti*, ubi & de annis legitimæ militiæ.

Ad parentes eorum jure communi pertinet) Ut pater in peculio castrensi vivente filio nihil juris habuerit, ipsique filio concessum, in eo, quem vellet, hæredem sibi instituere: tamen diu jus vetus hactenus patri conservatum fuit, ut filio intestato mortuo, jure peculii etiam bona castrensia ad patrem redirent, eademque hoc casu adhuc esset conditio castrensis peculii & pagani, nec in illo magis, quàm in hoc filiusfam. hæredem ab intestato haberet, *l. 2. l. 9. l. 14. de castr. pec.* Cæterum huic juri po- 4
steriorum Principum constitutionibus derogatum est; & primum liberis militis aut veterani intestato mortui: deinde fratribus bona castrensi jure hæreditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus apertè ostendit, atque ex eo etiam perspicuum est, quod filiifam. etiam in bonis adventitiis, maternis & materni generis; lucrisque nuptialibus, eosdem hæredes habere placuit, *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success.* quibus tamen in bonis plus patri relictum, quam in castrensibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiorumfam. intestato decedentium bona castrensia, non extantibus liberis aut fratribus, ad parentes pertinere jure communi, non sic accipiendum est, ut Cujac. Hotom. Pacius, Fabrotus, & fere quotquot sunt, fecere, jure peculii secundum jus antiquum, quo filii

filii morte etiam peculium castrense, non quasi hæreditas, sed quasi peculium & quasi à patre profectum ad patrem redibat; verùm jure successionis seu hæreditatis, quæ tertio loco parentibus ab intestatu defertur ex constitutionibus Principum, novo quidem, sed communi jure. Nam si jure peculii eo bona adhuc ad patrem redire oporteret; nemo in iis patri præponi posset, ac nec cuiquam deferri possent jure hæreditario; sed pater tamquam jam olim sua & à se profecta statim occuparet: nisi quis putet cum Viglio dici posse, liberis aut fratribus superstitibus jus patris quiescere; illis autem deficientibus, pristinum jus patri integrum relinqui. Sed hanc interpretationem prædictæ constitutiones non ferunt, quæ omnes loquuntur de jure & ordine successionis; add. quæ scripsi ad §. *ult. inf. de leg. agn. succ.* Plurimum verò interest, utrum dicamus, jure peculii, an hæreditario apud patrem hæc bona pertinere: quippe illo casu, mortuo filio, ipso jure apud patrem remanent, quasi perpetuo ipsius fuerint; hoc casu sine additione nec acquiri, nec transmitti possunt: illo casu, peculio tantùm tenus creditoribus filii respondere tenetur; hoc, in solidum, nisi inventarium confecerint, §. 1. *inf. de hær. qual.* illo denique casu matrem excludit, hoc casu non item. Hodie jus liquidum est, atque hæc disputatio penitus sublata. Constat enim ex *Nov.* 118. bona filiifam. sive castrensia, sive pagana adventitia non amplius jure peculii, sed hæreditatis patri deferre; nec jam ordine tertio, sed secundo, ita ut cum eo mater simul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere possumus, &c.) Subjiciuntur hic quædam alia jura, quæ filiusfam. in castrensi peculio habet, nimirum hæc tria; primum, quod hoc peculium ita filii proprium est, ut pater id ei adimere non possit: alterum superiori consequens, quod creditores patris id vendere aliove modo inquietare nequeant: tertium, quod patre mortuo, id filius præcipuum habeat, nec cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quæ cuncta, aliaque plura etiam jure veteri obtinuerunt. Nam, ut ante dictum est, filiusfam. in castrensi peculio in omnibus jure patrisfam. fungebatur, tantùm intestatus tamquam filiusfam. decedebat, *l.* 2. *de sen. Mac. l.*4. *de judic. l.* 4. *de castr. pec.* junct. *l.* 2. *eod.* Quæ autem hic traduntur, olim erant castrensis peculii propria: hodie verò castrensi cum pagano adventitio sunt communia: nam nec adventitia bona pater filio nunc adimere potest: & quod olim in castrensibus juris erat, ut fratribus non conferrentur, *l.* 1. §. *nec castrense* 15. *de collat.* idem hodie obtinet & in adventitiis, *l. ult. C. eod. tit.* In solo profectitio peculio nihil mutatum est, sed quemadmodum id totum patris mansit, ita potest filio id pater adimere: ita patre mortuo cum fratribus communicandum: ita filius pati debet, ut id creditores paterni sibi habeant. Nam quando ab Ulp. traditum est *l.* 3. §. *sed utrum.*4. *in fin. de minorib.* si patris bona à fisco propter debitum occupata sunt, peculium profectitium filio ex constitutione Claudii separari, id specialis humanitatis est. Princeps dum jus fisci minuit, suum minuit: at alteri jus quæsitum auferre non debet, *l.* 2. *de his qui sui vel al.jur.* & fortassis debitum *κατὰ χειρογραφὰς*. Jurisconsultus accepit pro debito ex causa delicti damnato patre. Nullam certè rationem habet, quod D. Viglius putat, ex causa delicti peculium à fisco occupari, at non ex causa debiti: longè enim major ratio est, ut peculium filii separetur patre damnato, quàm cùm fiscus venit ut verus creditor: quippe cùm in pœna nec privilegium habeat, sed creditoribus postponatur, *l.* 21. *l. in summa* 17. *l. quod placuit* 37. *de jur. fisc. l. un. C. de pœn. fiscal. cred. præf. lib.*10. Ergo, inquis, non fiscus, sed filius damnato patre actione de peculio conveniendus est, contra quam respondet idem Ulpian. *l.* 1. §.4. *quan. act. de pec. ann.* Respondeo, fiscum etiam ea actione teneri, sed tunc cum filius peculium repudiavit: alioqui conventum exceptione se tueri, & creditores ad filium remittere posse.

Quamquam jure civili omnium, qui in potestate) Perplexè & salebrosè hæc traduntur. Jure civili antiquo filiusfam. omnia patri acquirebat haud secus ac servus domino, uti dictum est §. 1. *sup. per quas pers.* primus Augustus excepit peculium castrense, aut potius milites in causa hujus peculii; Hadrianus etiam veteranos: mox & quasi castrense peculium exceptum: procedente tempore etiam adventitium: & præcipuè constitutionibus Justiniani: non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium esset, quo castrense & quasi castrense, sed ut ille ejus proprietatem, pater usumfructum regulariter haberet, *d.* §. 1. *l. cum pater.* 6. *C. de bon. quæ lib.*

Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi) Quamvis non tantùm castrense & quasi castrense peculium, sed quædam etiam bona filii adventitia ex constitutionibus patri non acquirantur, atque à Justiniano in universum ad-

adventitiorum omnium proprietas filio concessa sit: in duobus tamen istis generibus dumtaxat jus testamenti faciendi ei permissum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cùm, quod regulare est, filius tantùm nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater usumfructum: sed cùm sint quidam casus, quibus filio plena & solida proprietas acquiritur, anne tunc quidem de his bonis testari possit non satis convenit. Casus unus jus tum erat, cùm Institutiones componerentur. Nam *in l. ult. C. de bon. quæ lib.* sic à Justiniano constitutum est, ut si filio hæreditas aut legatum fideive commissum delatum sit, & pater filio consentire nolit, ut hæreditatem adeat, aut relicta agnoscat, filius propria auctoritate patre invito id facere possit, & sibi hoc facto, quod relictum est, in totum acquirat. Novellis constitutionibus plures hujusmodi species introductæ. Idem enim obtinere placuit in rebus filiofam. ea lege datis, ut ne ususfructus ad patrem perveniat: item in hæreditate fratris aut sororis, ad quam una cum filio pater admittitur: postremo etiam in iis rebus, quæ filio deferuntur, patre divortium faciente sine causa, *auth. excipitur. cum*
6 *2. seqq. de bon. quæ lib.* An igitur ne his quidem casibus filio permissum de peculio adventitio testari? Sunt qui putant, permissum esse, & Triboniano hæc scribenti in mente non venisse *l. ult. §. ipsum autem. 5. vers. filiis autem. C. d. tit.* ubi Justinianus dumtaxat eo casu, quo apud patrem ususfructus est, filium de bonis adventitiis testari non permittit: inde enim à sensu contrario colligunt, in altera specie adventitiorum id ei licere. Probabilis sanè collectio, nisi ipse Justinianus postea mentem suam clarè exposuisset. Nam cùm hæc ipsa quæstio jam tum ætate Justiniani, nec multo post emissam *d. l. ult.* exorta esset, ipse nova constitutione edita dubitationi occurrit, quæ est *l. pen. C. qui test. fac.* qua declarat, minimè sibi in constitutione nuper à se promulgata propositum fuisse, filiisfam. in bonis adventitiis permittere testamenti factionem, sive cum consensu, sive sine consensu patris bona possideant, ac proinde sive nudam sive plenam eorum proprietatem habeant; sed in hoc antiquam legem per omnia servari jubet. Conferantur inter se constitutiones; perspicuè apparebit, alteram alterius explicandæ, & *d. l. pen.* tollendi erroris gratia, cui verba *§. 5. d. l. ult.* causam dederant, scriptam esse. Non enim alia lex per eam, quam *in d. l. pen.* ait à se promulgatam esse, intelligi potest, quàm in qua extat distinctio illa, cujus meminit, & ad quam se refert *in d. l. pen.* utrum scilicet filius bona possideat cum consensu, an sine consensu patris: illa distinctio extat in una, *d. l. ult.* nusquam alibi. Sed quid quærimus amplius? Negat expressè *in d. l. pen.* se jus testandi filio permittere in bonis, quæ possidet sine consensu patris: atqui horum plenam proprietatem filio *in d. l. ult.* concesserat, neque erat tunc alius casus, quo ususfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Ad hæc jubet circa filiorumfam. testamenta per omnia observari legem antiquam: nulla verò lege antiqua filiofam. testamentum facere permissum, præterquam de bonis castrensibus & quasi castrensibus: neque concessio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii, quæ ex sola causa acquirendi æstimatur. Ridiculi autem sunt, qui per legem antiquam intelligunt ipsius Justiniani aliquam constitutionem, nominatim illam ipsam, quam explicat *lib. ult. C. de bon. quæ lib.* Non potuit, nisi absurdissimè, antiquam appellare, quam initio *d. l. pen.* profitetur nuper à se promulgatam, nec ullas suas ipsius leges antiquas, cùm nulla tunc esset biennio aut triennio vetustior. Novissimo jure etsi filiofam. quædam alia *ejusdem* generis bona pleno jure proprietatis concessa sunt; nullibi tamen jus de iis testandi ei datum legimus. *Nov. 117.* permittitur filio de hujusmodi bonis quovis modo disponere: at in Græco est διοικεῖν, quod testamenti factionem non comprehendit: & sine eo etiam apertissimum est eo loco intelligi tantùm dispositionem inter vivos & liberam horum bonorum administrationem; quippe cùm hæc dispositio ei tantùm permittatur, qui perfectæ ætatis est, hoc est, filiofam. majori 25. annis: cæteroquin curatores ei dari jubentur; cùm tamen minor 25. annis etiam curatorem habens, post annum decimum quartum testamentum facere possit, *l. 5. hoc tit.* At, inquies, quod conceditur inter vivos, id multo magis licere debet in ultima voluntate, *arg. tit. de leg. Fuf. Can. toll.* Respondeo, hanc propositionem nec perpetuo veram esse, de quo vide Everhard. *in Top.* & procedere tantùm in objecto præsupposita habilitate personæ, quæ deficit in filiofamil. Sic etiam non procedit in filiofam. argumentum ductum à jure plenæ proprietatis, quasi eo jure concesso omnia concessa intelligantur, quæ patrifam. in re sua, ut ejus liberrimo moderatori & arbitrio, permissa sunt. Patet hoc ex eo, quod

quod filiifam. patroni causarum, magistri liberalium artium, &c. etsi plenam proprietatem peculii quasi castrensis olim habebant, jus tamen de eo testandi ante Justinianum non habuerint, §. *ult. præc. tit.* Nimirum, ut dictum est in pr. qualitas filiifam. obstat, quominus testari possit: ut autem possit de castrensi & quasi castrensi peculio, non ex eo est, quod simpliciter plena ejus proprietas filio concessa; sed quia placuit id eum habere sub qualitate patrisfam. ut etiam de eo testari posset. Nihil movet, quod filius in hac specie adventitiorum hæredem ab intestato habet: nam & in altera specie, cùm nuda ejus est proprietas, habet. Potest ex lege hæredem habere, etsi sibi hæredem facere non potest; & in casu *Nov. 22. cap. 26.* ponendi sunt termini habiles filii emancipati: alioquin sequeretur, etiam de iis adventitiis filium testari posse, quorum ususfructus ad patrem pertinet. Postremo nullam admodum causam video, cur filiofam. testandi facultas in una specie adventitiorum concedatur, in altera denegetur: nam sola ususfructus à proprietate separatio impedire non potest, quominus jus sit de proprietate testandi, *inf. de hær. inst. in pr. l. rectè dicimus. 25. de verb. sign.* Atque hæc etiam communis est interpp. sententia. Porro hoc constituto, filiumfam. de bonis adventitiis testamentum facere non posse, tractari tamen adhuc potest, an non saltem de his bonis
7 codicillos facere possit, cùm hæredem in his bonis ab intestato habeat, quem onerari posse fideicommisso constat, §. *præterea. 10. inf. de fideicomm. hær.* Sed magis est, ut nec codicillos facere possit, propter regulam juris: *Qui non potest facere testamentum, nec potest codicillos*, *l. 6. §. pen. de jur. cod. l. 1. §. 2. de legat.* 3. Quem lex ei hæredem dedit, eum, omnino omnia bona, quæ post mortem relinqueret, habere voluit, & quasi addixit: tum vi ipsa non multum interest, hæredem sibi quis testamento instituat, an per fideicommissum alicui hæreditatem suam restitui jubeat. Planè mortis causa donationem in bonis, de quibus agimus, filio permittendum esse existimarem, & quod alias patris consensu potest, *l. tam is. 25. §. 1. de mort. ca. don.* id ei hic licere etiam sine consensu patris, *argument. Nov. 117.* & eorum, quæ diximus in exegesi verborum hujus pr. *Quamvis parentes eis permiserint.* Diss. Anton. Fab. *decis. 33. er. 6. & seqq.* ubi nec in bonis castrensibus donationem mortis causa filiofamil. concessam fuisse contendit, contra expressum textum in *l. 7. §. ult. de donat.* vid. Div. Guil. Mas. *lib. 6. sing. opin. cap. 6. & seq.* ubi ex professo argumenta omnia Fabri diluit.

Licet suæ potestatis decesserit) *L. si filiusfam. 19. hoc tit.* Est autem hoc jus generale, ut si quis tempore testamenti facti non habuerit testamenti factionem, testamentum ab eo factum non valeat, etsi postea testamenti factionem habere cœperit, §. *seq. leg. 4. eod. l. 1. §. exigit. 8. de bon. possess. sec. tab.* obtinetque hic etiam regula Catoniana, *l. 1. de reg. Cat. l. quod initio. 29. de reg. jur.* Interpretes communiter duos casus excipiunt, quibus filiusfam. rectè etiam de bonis adventitiis testetur, utique consentiente patre; si quid relinquat in pios usus; si liberos suos hæredes faciat: illic voluntatem filii sustineri favore piæ causæ, hic favore liberorum. Tiraquel. *de priv. piæ caus. cap. 78.* Clar. §. *testamentum. quæst. 5.* Tulden. *hic cap. 11.* Jac. Vervvey. *art. test. cap. 4. fac. cap. 4. de sepul. in 6.* Christin *vol. 4. decis. 4. num. 6.* ubi in casu posteriore nec consensum patris requirit. Moribus harum 8
regionum libere omnes, qui modo ea ætate sunt, qua testamentum condi potest, de bonis maternis cæterisque adventitiis omnibus rectè testantur, neque consensu patris ad eam rem opus est. D. Elbert. Leonin. *lib. 6. emend. cap. 3. in fin.* Perez *C. qui test. fac. n. 10.* Groenevv. *de ll. abrog. hic, & ibi laudat.* quod & in Hispania obtinet, *leg. 5. Tauri*, & ibi Gomez atque in Germania quoque receptum, utique si liberi seorsum à patre habitent; Reusner. *par. 2. c. 23. n. 26. de testam.* De Gallia idem testatur Lud. Charond. *in memorabil.* In Frisia tamen etiam in hac parte obtinet jus civile. D. Joan. à Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 1.* VINN. Quod de Germania ex Reusnero monet, nihil ad rem facit. Per separatam enim œconomiam, quam hic Reusnerius intelligit, liberi exire intelliguntur patri potestate. Ergo ibi tunc non testantur tamquam filiifamilias de peculio adventitio, sed tanquam patresfamilias de pecunia & re sua. HEIN.

TEXTUS.
De impubere & furioso.

1. *Præterea testamentum facere non possunt impuberes; quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi; quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, & decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur: certè eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum*

rectè factum, *neque ullum aliud negotium rectè gestum*, *postea furor interveniens perimit.*

NOTÆ.

1. *Praterea*) *L.* 5. *hoc tit. l.* 19. §. 1. *de capt. & postl.* adde & alios ex *l.* 8. 9. 10. & 11. *D. hoc tit.*

Postea pubes, &c.) Propter regulam, ut jam diximus, Catonianam.

Aliud negotium) Adeo ut ne matrimonium quidem furore superveniente solvatur, *l.* 8. *de his qui sui vel al. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Impuberes nec tutore auctore testamentum facere posse.*
2 *Testamentum à furioso factum tempore dilucidi intervalli sustineri. Et quid si de eo dubitetur?*
3 *Cur furor postea incidens*, &c. *testamentum antea factum non vitiet*, *capitis minutio vitiet?*
4 *Quando locus sit regulæ*, *quæ ab initio rectè constituta sunt*, *resolvi*, *cum in eum casum pervenerunt*, *unde incipere non possunt?*

QUia *nullum eorum animi judicium est*) Impuberes intelliguntur, qui nondum annum ætatis decimum quartum compleverunt, id est, qui nondum ad supremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In fœminis annus est duodecimus, *l.* 5. *hoc tit.* Horum ait nullum esse animi judicium, nimirum nullum plenum ac solidum, nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus suis una perpetua dispositione statuere cogitat. An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum facere, uti potest eo auctore res suas alienare, hæreditatem adire, bonorum possessionem petere, aliaque facere, etsi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deest, tutoris prudentia suppleatur? Ne-
1 quaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, & finita tutela earum rationem pupillis eorumve hæredibus reddunt; hujus verò reddere non possunt. Deinde testamenta non arbitrio alieno, non precaria, sed ipsorum testatorum prudentia fieri debent, ne quid temere & inconsulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis statuatur, & alieni potius, quàm cognati, cognati remotiores potius, quàm proximi, hæreditatem consequantur. Quin tutores, si hanc potestatem iis permittimus, semper operam dabunt, ut non alii, quàm à quibus lucrum sperant hæredes instituantur. Puberes autem testamenti factionem habere placuit statim à decimoquarto aut duodecimo anno completo, nec curatoris in eo consensum intervenire, *d. l.* 5. *hoc tit. l. Aurelio* 20. §. 1. *de lib. leg.*

Item furiosi) Furiosi quid à mente captis differant, docui *sup. tit de curat.* §. *sed &* 4. Nimirum furiosum quidem omnem & mente captum esse sive dementem; at contra non omnem mente captum esse & furiosum, cumque mente captus à furioso distinguitur, ut plerumque fit, eum intelligi, qui cum sana mente non sit, in quiete est, nec, ut furiosi solent, agitatur & fertur præceps. Cæterum nihil refert in ullo actu aut negotio, demens quis sit simpliciter, an ad dementiam accedat & furorem: constatque, quamvis furiosi tantùm hic mentio fiat, ad omnes, qui mente carent, hæc pertinere, *l.* 2. *l. Titia* 13. *in fin. de inoff. test.*

Quo furor intermissus est) Furiosus per id 2
tempus, quo furor intermissus est, testamentum jure facere potest, *l.* 9. *C. hoc tit.* quemadmodum & testis tempore intermissionis rectè adhibetur, *l. qui testamento* 20. §. 4. *hoc tit.* Cæterum ut valeat testamentum, necesse est, ut id uno eodemque tempore remissioni perficiat: nam si cœpto testamento & necdum perfecto; furor eum iterum invaserit, nihil actum est, etiamsi postea remisso denuo furore, id quod cœpit, perficiat, *d. l.* 9. Quid si proferatur testamentum conditum à furioso, quem certum est habuisse dilucida intervalla, incertum autem sit, quo tempore id fecerit? Et si quidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfam. sanæ mentis sic dispositurus fuisse judicetur: pro testamento respondendum & credendum intervalli tempore factum D. Viglius censet, cui assentior. Pertinet huc quod Val. Maximus *lib.* 7. *cap.* 8. refert de Tuditani hominis certæ ac notæ insaniæ testamento; quod à centumviris confirmatum ait, *magis quid scriptum esset in tabulis*, *quàm quis scripsisset*, *considerandum existimantibus*, add. Boer. *decis.* 23. *num.* 81. Mynf. 4. *obs. cent.* 2. Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 7. Christin. *vol.* 4. *dec.* 4. *num.* 8. Diod. Tuld. *commen. hic*, *cap.* 3. Graff. §. *testamentum*, *quæst.* 21.

Eo, *quod ante fecerint*, *testamento valente*) *In d. l. qui testamento* 20. §. 4. *hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum succedens, nec auditus sermonisve amissio testamentum ante factum vitiant, §§. *seqq. l.* 6. §. 1. *l. is cui* 18. *eod.* Palam igitur est, his casibus unum tantùm tem-

tempus inspici testamenti facti, ac sufficere eo tempore testatorem habuisse testamenti factionem, etsi tempore mortis non habuerit. Proinde cum Jurisconsultus in *l. 1. §. exigit 8. de bon. poss. sec. tab.* ait, prætorem exigere, ut is, ex cujus testamento bonorum possessio petitur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cùm faceret testamentum, & cùm moreretur, intelligere debemus, eum non hoc velle bonorum possessionem ex testamento non dari, si testator tantùm tempore testamenti facti jus testandi habuerit, sed non dari, si habuerit tantùm tempore mortis, non etiam tempore conditi testamenti, ut exempla illic proposita ostendunt. Sic autem jus est in mutatione, quæ salvo statu & fortunis testatoris
3 contingit, cujusmodi sint superiores. Quod si qua mutatio postea inciderit, per quam capite testator minuatur: puta si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det, testamentum infirmatur, atque irritum fit, *§. 4. inf. quib. mod. test. inf. l. 6. §. irritum 5. & seqq. de injust. rupt. test.* & ratio manifesta est. Quippe his modis non tantùm amittitur testamenti factio, sed etiam conditio personæ testatoris sic mutatur, ut omnino testamentum habere non possit, ac ne hæredem quidem. Furiosus verò & prodigus, etsi testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet, quominus hæredem ex testamento antea facto habeant, & præcedens eorum voluntas exitum sortiatur.

Neque aliud negotium rectè gestum) De matrimonio idem traditur, *l. 8. de his qui sui vel al. jur.* In cæteris quoque negotiis quin idem juris sit, dubitandum non est, sive rem suam ante furorem alienaverint, de quo nemo ambigit; quoniam negotia perfecta & penitus consummata nullo eventu infirmari possunt: sive stipulanti aliquid promiserint, aut alias se obligaverint, licet hic aliquid desit ad consummationem negotii: sed hoc à curatore expediri potest. Neque enim in omnibus probata est sententia eorum, qui ea quæ ab initio rectè atque utiliter constituta sunt, resolvi putaverunt, cùm in eum casum incidissent, à quo incipere non poterant, *l. existimo 98. l. pen. 2. de verb. obl. l. in ambigui 85. §. 1. de reg. jur. §. ex contrario 14. inf. de legat.* sed
4 tunc tantùm cum casus incidens impedit, quominus quod cœptum est, perfici atque ad finem suum perduci queat, ut evenit incidente capitis diminutione testatoris. Qua de re fortassis pluscula ad *d. §. ex contrario 14.*

TEXTUS.
De prodigo.

2. *Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id quod ante fecerit, quàm interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est.*

COMMENTARIUS.

Qui bona sua profundunt, nec modum, nec finem impensarum habentes prope à furiosis absunt. Planè enim quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, ut inquit Jurisconsultus, *l. his qui 12. in fin. de tut. dat. ab his*, quam ob causam placuit, hujusmodi hominibus bonorum administratione interdici: qua interdictione & testamenti factio ipsis adempta intelligitur: quippe qui non saniore judicio, quid de rebus suis post mortem fieri velint, statuturi creduntur, quàm eas tractarent, si libera earum administratio ipsis permitteretur, *l. cui 18. hoc tit.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio est: neque enim his bonorum administratio interdicta est, ut malè Don. ad *leg. 6. de verb. obl. num. 9.* sed si velint, curatores accipiunt; quibus quidem tum administratio permittitur, nec jam amplius ipsis minoribus, sed in hunc maximè finem, ne minores in contrahendo circumveniantur, quod in testamento non metuitur.

Quod ante fecerit) *D. l. is cui 18.* Testamentum enim, quod interdictione vetustius est, eadem ratione valere debet, qua quod factum est ante furorem. Imperator Leo *Nov. 39.* prodigo permittit τὰ συμφέροντα διοικεῖν, ea facere, quæ ipsi conducunt; & ratum quoque testamentum ejus esse jubet, in quo mortis prodigi non apparent. Quod Viglio videtur naturalem æquitatem habere. Forte id admittendum fuerit, si quædam non levia argumenta saniorum morum præcesserint, per *l. 1. de cur. fur.* Vide Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 3.* Groenevv. *de ll. abr. hic.* Hic autem locus confirmat, quod supra *§. furiosi 3. de curat.* asseruimus, prodigum, quod attinet rerum administrationem & effecta juris civilis, non statim censeri eum, qui ipso facto prodigus est, sed tunc demum, cùm ei bonorum administratio interdicta est: interdici autem non ipso jure, sed causa cognita decreto magistratus.

TEXTUS.
De surdo & muto.

3. *Item surdus & mutus non semper testamen-*

tum

tum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tardè exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tardè loquitur. Sæpe enim etiam litterati homines variis casibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus & modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quæ eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.

COMMENTARIUS.

Olim etsi quis mutus tantùm erat, aut surdus, testamenti faciendi jus non habebat, nisi specialiter à Principe impetravisset, ut sibi testari liceret, *l. 7. hoc tit.* junct. *l. pen. §. 1. unde cogn.* cujus juris ratio significatur à Paulo *lib. 3. sent. 4.* quia neque mutus testes rogare potest; neque surdus audire testimonium perhibentes. Unde cùm nemo quicquam à Principe impetrare possit, nisi qui ei preces suas aut voce aut scripto potest exponere, sequitur, eos mutos, qui scribere nesciebant, omnino testari non potuisse. Justinianus, quod singulare & personale jus erat, jus commune fecit, & generaliter surdis omnibus, vel mutis testamentum facere permisit, (cum aliquo tamen temperamento) ut jam amplius necesse non sit singulos id precibus impetrare, *l. discretis 10. C. hoc tit.* Sic verò ille constituit, ut si quis mutus & surdus simul sit, siquidem natura, is omnino testamentum facere non possit: sin casu, ut possit; si modo ante litteras didicerit; ut scripto voluntatem supremam exprimere queat. At si quis tantùm mutus sit, aut surdus tantùm, sive tales sint natura, sive morbo, his jure testari liceat eo modo, quo per rerum naturam voluntatem suam declarare possunt aut scripto aut lingua. Quod ne muto quidem tantùm, qui litteras nesciat, testamenti factio hac constitutione permittitur, confirmat id, quod modo dicebamus, eum, qui talis sit, nec à Principe testandi licentiam obtinere posse. Illud in eadem constitutione absurdi est, quod Justinianus credidit, eum, qui surdus natus est, loqui posse; & articulatam vocem edere; cùm nihil tam certum sit, quàm ei, cui auditus à natura negatus est, & sermonis usum ablatum; nec esse naturaliter surdos, qui non iidem sint & muti. Quod etiam Plinius testatur *lib. 10. cap. 69.* Alex. Aphrodis. *problem. 1. 138.*

Qui omnino non exaudit, &c.) Hæc plana sunt. Notum enim est, eum, qui tardè, aut difficulter exaudit, non surdum, sed surdastrum dici, *ὑπόκωφον*, subsurdum: & eos, qui graviter, aut *ἀσαφῶς* loquuntur, non mutos, sed blæsos, balbos, *μογιλάλυς* appellari; mutos autem dici elingues & fandi impotes, *ἀλάλυς*. Planè muti etiam illi habendi sunt, qui *ἀσήμως* loquuntur, hoc est: sine ulla certa significatione vocis, *ἀνάρθρῳ φωνῇ* *leg. mutum 9. de ædil. edict. l. 7. in fin. de supell. leg.*

Sed si quis post testamentum factum, &c.) Ob eamdem rationem, ob quam placere diximus testamentum furiosi, aut prodigi, quod furore aut interdictione bonorum vetustius est, non infirmari.

TEXTUS.

De cæco.

4. *Cæcus autem non potest facere testamentum nisi per observationem, quam lex Divi Justini patris nostri introduxit.*

COMMENTARIUS.

In cæco nihil est, ob quod testamentum facere prohibeatur: nam testes accire ac rogare potest, & audire sibi testimonium perhibentes. Quapropter & olim testamentum facere potuit. Paul. 3. *sent.* 4. & nunc quoque potest. Cæterum forma nunc accuratior præscripta, & quædam singularia in testamento cæci, ut fraus omnis, cujus hic major metus, evitetur, constituta sunt lege illa Justini, quæ hic commemoratur, & extat *l. hac consultissima 8. C. hoc tit.* Sententia legis est, ut cæcus hæredem nuncupaturus (ineptum putavi monere, cæcum non aliter quàm per nuncupationem testari posse) præter numerum testium ordinarium adhibeat & tabularium, aut si tabularii copia non sit, alium octavum testem, qui voluntatem nuncupantis scriptura excipiat, cui deinde testes omnes & tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis, aut si prius testamentum suum scripto comprehendi curavit, ut tabularius coram testibus eam scripturam palam legat, eaque lecta cæcus testetur hanc suam voluntatem esse, deinde omnes subscribant & signent. Ubi hæc singularia notanda. 1. Quod non sufficit voluntatis nuncupatio, nisi & scriptura accedat. 2. Adhibitio octavi testis, qui testamentum scribat, aut antea scriptum recitet. 3. Quod is testis debeat esse tabularius publicus, si ejus copia est. 4. Omnium subscriptio & subsignatio.

TEX-

TEXTUS.

De eo, qui est apud hostes.

5. Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

NOTÆ.

5. *Quamvis redierit*) L. 8. *h. t.* nam postliminio non vitiatur Catonis regula. Codicilli autem scripti in captivitate ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescunt, quia principium eorum jam in civitate constitutum erat, neque testamentum, quo confirmati sunt, *l.* 12. §. 5. *de capt. & postl.* simile est in *l.* 25. *eod.*

Ex lege Cornelia) Postliminii & legis Corneliæ fictio in omnibus partibus juris servatur, passim *D. & C. eod.* v. §. 5. *sup. quib. mod. jus patr. pot.*

COMMENTARIUS.

1 *Etsi testamentum apud hostes factum jure postliminii non convalescat, codicillos tamen ibi factos convalescere.*

2 *Hodie in orbe Christiano hujus §. usum non esse, præterquam secundum quosdam, si qui à Turcis, &c. capti fuerint.*

QUi *apud hostes est*) *L.* 8. *hoc tit.* Ratio manifesta est. Quia captus jure belli servus fit hostium; ut autem testamentum consistat, necesse est testatorem jus testandi habere, cùm testamentum facit; nec postliminio vitiatur regula Catoniana. Sed nec obsides, nisi eis permittatur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiscus eorum bona occupat, *l.* 11. *hoc tit. l. Divus* 31. *de jur. fisc.* Qui autem à prædonibus capiuntur, quia liberi manent, *l.* 19. §. 2. *de capt. & postl.* testamenti factionem retinent, ut & illi, qui apud exteros legatione funguntur, *l.* 11. *in pr. &* §. 1. *hoc tit. & ib.* Cujac. add. Graff. §. *testam. qu.* 25. Vasq. 3. *contr.* 103. *n.* 1. VINN. Immo & capti in bellis civilibus, *l.* 21. §. 1. *ff. de capt. & postl.* Hi enim non fiebant servi, sed proscribebantur, quod est inventum Sullæ. Vellej. *lib.* 11. 28. HEIN.

Sed quod, dum in civitate, &c.) Testamentum ante captivitatem rectè factum, etsi reipsa irritum fit captivitate, fictione tamen juris sustinetur. Est autem duplex in hac re fictio; postliminii, & legis Corneliæ, *l.* 6. §. *pen. de injust. rupt. test.* illa, si captus redierit, locum habet; hæc si in captivitate decesserit. Illa fingit retro in civitate testatorem fuisse; hæc retro in civitate decessisse. Imperatores in *l.* 9. *C. de postl. rev.* inconsideratè tribuunt legi Corneliæ, quod est juris postliminii. Quærat autem aliquis, cur cùm postliminio reversus fingatur semper in civitate fuisse, & ita habeatur, ac si medio tempore nulla captivitas intercessisset, non convalescat postliminio testamentum, quod quis tempore captivitatis fecit? Resp. quia quod non est ante captivitatem, id nec postliminium habere potest. Non 1 obstat, quod codicilli in captivitate scripti ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso, jure postliminii convalescant: nam eorum principium & firmamentum jam in civitate constitutum est; nimirum ipsum testamentum, quo confirmati sunt, *l. in bello* 12. §. *codicilli* 5. *de capt. & postl.* Eadem ratione placuit, si uxor cum marito capta fuerit, eaque in captivitate ex marito enixa sit, etiam liberos ibi natos jus postliminii habere, & reversos cum parentibus justos liberos esse, *l. Divi* 25. *d. t.* nimirum quia nati sunt ex matrimonio in civitate legitimè contracto. Illud nullius momenti est, quod Aretinus monet, esse regulam, *media tempora non nocere*, *l.* 6. §. 2. *l. alien.* 49. §. 1. *de hær. inst.* §. *in extraneis* 4. *inf. de hær. qual.* ac proinde videri supervacuam fictionem juris postliminii ad testamenta conservanda. Quippe illa definitio ad hæredem pertinet, non ad testatorem, cujus testamentum amissa civitate stare non potest. Fallitur autem Aretinus, dum respondet, procedere regulam, si medio tempore status testatoris mutatus non fuerit. Error hic perspicuus est, *d. l.* 6. §. 2. & statu non mutato, quæ, rogo, potest esse dubitandi ratio? Porro non in hac tantùm parte juris, sed etiam in cæteris omnibus & postliminii & legis Corneliæ fictio servatur, *l.* 5. §. 1. *d. l. in bello* 12. §. 1. *l. retro* 16. *l. in omnibus* 18. *& passim, de capt. & postlimin. & C. eod.* §. *si ab hostibus* 5. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* Postliminio æquiparatur restitutio capite damnati, *l.* 6. §. *pen. de injust. rupt. test.*

Ex lege Cornelia) *L. lege Cornelia* 12. *hoc tit.* Hæc lex mortis & captivitatis tempora conjungit. Id est, fingit, eum qui apud hostes decessit eo tempore quo captus est decessisse, civem & familiam habentem. Quo tempore, aut quo auctore lata sit, non liquet. Quod D. Vi-

Viglius putat latam esse primo bello Punico ab aliquo ex familia Scipionum, conjectura est, nec satis probabilis. VINN. Immo probabilius est, legem hanc Corneliam non aliam esse ac illam Cornelii Sullæ testamentariam, cujus meminit Cic. *in Verr. lib.* 1. *cap.* 42. Et ita Hotommanno quoque videtur. Potuit ea lex & de postliminio aliquid sanxisse, adeoque fortassis culpa vacant Imperatores in *l.* 9. *C. de postlim. reversis*, ubi inconsiderate legi Corneliæ tribui ait Vinnius quod sit juris postliminii. Postliminii sanè jus non solum moribus, sed & legibus constitutum dicitur, *l.* 19.
2 *ff. de capt. & postlim.* HEIN. Hodie in orbe Christiano nullus hujus §. usus est, nisi in iis, qui à Turcis aut id genus aliis Barbaris capti sunt. Nam cùm, quod olim tantum obtinebat in bellis civilibus, *leg. si quis* 21. §. 1. *de capt. & postlim.* nunc inter Christianos consuetudine generali invaluerit, ut bello capti servi hostium non fiant, sed liberi & cives maneant, ac jus sit pretio eos redimere, poterunt etiam dum apud hostes sunt restari, *arg. l.* 13. *hoc tit.* Alc. *ad l. hostes* 118. *de verb. sign.* Duar. *ad tit. qui test. fac. pag.* 318. Grass. *de q.* 25. Zypæ. *not. jur. Belg. de testam.* Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 2. Nonnulli idem juris habere etiam à Turcis captos existimant. Covar. c. *peccat. p.* 2. §. 11. *num.* 6. Cyprian. *Cens. Belg.* Groen. *de ll. abrog. hic.* Illud etiamnum observatur, quod transfuga jus testandi non habeat, quoniam jura civium amittit, nam hostium numero habetur, *l. postliminium* 19. §. *transfugæ* 4. *de capt. & postlim.* Jac. Vervvey. *de test. c.* 4. Sande *ubi sup.*

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

D. Lib. 28. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *Tit.* 28. & 29. *Nov.* 115.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HActenus de personis, quibus jure publico potestas testamenti faciendi data aut denegata est; item de modo testandi, sive externi testamenti solemnitatis, comparatis ad firmandam testationis fidem. Sequitur tertium, res quas in ipso testamento inseri & caveri oportet, ut justum ratumque habeatur, quàm intrinsecam testamenti solemnitatem appellare possumus. Estque duplex; una communis omnium testatorum, hæredis scilicet institutio; altera quorumdam dumtaxat propria, & maximè parentum, qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exhæredatio, si ipsi hæredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, præcipiendum fuit, *l. inter cætera* 30. *hoc tit. de lib. & posth. inst. hær. vel exhær.* Existimaverit aliquando Hotomannus, inscriptionem hujus tituli corrigendam esse, legendumque, *De institutione vel exhæredatione liberorum*. quod & Wesembecius tacitè secutus est. Verùm postea idem Hotomannus ab hac sua sententia recessit. Mihi quiquidem nulla mutatio necessaria videtur. Cæterum si secundum priorem sententiam Hotomanni inscriptio concipiatur, non eo minus probaverit, quod ostendit ἐπιγραφὴ ejusdem argumenti in *pr.* & *d. leg. inter cætera* 30. In præcepto quoque legis disjunctio est: *Pater filium, quem in potestate habet, aut hæredem instituto, aut nominatim exhæredato.* Exhæredare est, eum, qui alioqui hæres futurus erat, ab hæreditate repellere. Et de solis suis hæredibus propriè dicitur, qui nisi removerentur, ipso jure hæredes existerent, & vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, *l. in suis* 11. *hoc tit.* de extraneis per abusionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis, qui in potestate erant, & sui hæredes, exhæredatio æquè necessaria, nec omissæ idem semper effectus, ritu quoque variabat pro sexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati essent tempore facti testamenti; quæ omnia diligenter hic Imperator exequitur: deinde subjicit, quid ipse novi juris constituerit. Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exhæredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficillimarum quæstionum juris, qua veteris, qua novi, eoque diligentem atque accuratam desiderat partium omnium interpretationem.

TEXTUS.

Jus vetus de liberis in potestate.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, suf-

sufficit hac observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum hæredem instituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitus fuerat observatum: sed si non fuerant scripti hæredes scriptæve, vel exhæredati exhæredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exhæredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur, si ita exhæredetur; Titius filius meus exhæres esto: *sive ita*: Filius meus exhæres esto, *non adjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.*

NOTÆ.

De exhæredatione) Exhæredatio est hæreditatis lege datæ ademptio: unde solis de suis hæredibus propriè dicitur, sed aliis per abusionem. Aliis hæreditas defertur tantùm, suis etiam datur. §. 2. *inf. de hær. qual.*

Non sufficit hæc observatio) In modo sc. testandi & solemnitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem, de quo *sup. tit.* 10.

Vel exhæredem faciat) De quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta pertinent, præcipiendum fuit, *l.* 30. *ff. de lib. & post.*

Inutiliter testabitur) *D. l.* 30. Planè si filius patri superstes bonis paternis se abstineat, voluntas ex bona & æquo substinebitur, *l.* 17. *de injust. rupt.*

Vivo patre mortuus) *L.* 7. *hoc tit.* propter regulam Catonianam, *l.* 1. *de reg. Cat. l.* 29. *l. pen. de reg. jur.*

Non ita de filiabus, &c.) Diversi juris rationem indicat Ulp. *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt.*

Nominatim autem) V. *l.* 1. *l.* 2. *&* 3. *D. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Filio, qui in potestate est, præterito, testamentum jure civili prorsus inutile & nullius momenti esse: ac quatuor consectaria inde deducta,*

2 *Filia & nepotibus ex filio præteritis, jure antiquo testamentum substitisse, dato his jure accrescendi scriptis hæredibus.*

3 *Ad quam portionem hæ personæ præteritæ scriptis hæredibus accreverint?*

4 *An eas præteritas ad bonorum possessionem contra tabulas prætor admiserit?*

5 *Filiam & nepotes ex filio exhæredatos, licet non nominatim neque jus accrescendi habuisse, neque à Prætore ad contra tab. bon. possessionem vocatos; modo cæteræ leges exhæredationis observatæ fuissent.*

6 *An testamentum, in quo filius præteritus est, prorsus inutile fit & jure Pratorio.*

7 *Filio præterito se abstinente Prætorem habere rationem testamenti, etiam cum extranei instituti sunt.*

REfertur hic differentia, quæ in re proposita olim observabatur in sexu & gradu liberorum jam natorum. Meliore cæteris jure erat filius in potestate constitutus: siquidem hic solus à patre necessario aut hæres instituendus aut exhæredandus erat, ut testamentum subsisteret, quod alioqui jure civili prorsus inutile erat & nullius momenti, *l. inter cætera.* 30. *hoc tit. l. filio.* 17. *de injust. rupt. test. & hoc text.* Huic autem juri consequens est, primum, quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento hæredem non posse existere, etiamsi filius præteritus vivo adhuc patre decesserit propter regulam Catonianam, quæ sic definit: *Quæ institutio inutilis foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, ea non debet ideo valere, quia diutius vixerit, l.* 1. *de reg. Cat. l. pen. de reg. jur* §. *an servo.* 32. *inf. de legat.* & generaliter quod initio vitiosum est, non potest tractatu temporis convalescere, *l. quod initio.* 29. *de reg. jur.* §. 2. *de inut. stip.* 2. Per hujusmodi testamentum non rumpi id, quod antea à patre legitimè factum est, *l.* 7. *h. t.* §. 2. *& pen. inf. quib. mod. test. inf.* 3. Non sustineri hoc testamentum ob id, quod pater filio legatum quamtumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus sit, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimatur, præteritique omnes in hac materia habentur, qui neque hæredes instituti, neque, ut oportet, exhæredati sunt, §. *eadem.* 12. *inf. de hær. ab int.* 4. Quod etiamsi filius vel ante testamentum vel in ipso testamento præteritioni consenserit, nihilo tamen magis subsistere possit. Verum enim non est, quod Clar. §. *testamentum. q.* 43. *n.* 3. existimat, jus hoc ob solum favorem filii constitutum esse, cui ille renuntiare possit. Immo forma paterni testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigebat: quod jus privatorum consensu mutari non potest, *l.* 3. *hoc tit.* junct.

junct. *leg. jus publicum*. 38. *de pact. cum simil.* Vid. tamen Ant. Fabr. *C. de suo de lib. præt. defin.* 6. Christin. *vol.* 4. *dec.* 19. *n.* 4.

Exhæredem eum nominatim facias) Non quævis exhæredatio summovebat liberos ab hæreditate patris, sed quæ ritè facta esset: non ritè exhæredati pro præteritis habeantur, *l.* 8. §. 2. *cont. tab.* In ritu autem discrimen non faciebat sexus, aut gradus, nisi quod hoc propriè in filio observandum erat, ut nominatim exhæredaretur, quod in reliquis non erat necessarium, ut statim audiemus. Cic. *lib.* 1. *de Orat. c.*38. *Quem pater neque exhæredem scripsit nominatim.* VINN. Ex hoc loco patet, jam Ciceronis ævo ab usu quodammodo recessisse promiscuam illam exhæredandi prætereundique liberos libertatem, quæ olim ante & post XII. tabulas competebat. Vid. *l.* 11. *ff. de lib. & postum.* Liv. *lib.* 1. *cap.* 34. Adde. V. C. Schulting. *Jurisp. vet. antejustin. p.* 638. HEIN.

2 *Sed non ita in filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus*, *c.* 38.) Non uti olim filio, ita & filia, aut nepote nepteve ex filio (ex filia nati huc non pertinent, §. *ult. inf. eod.*) præteritis testamentum inutile erat: sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut, quasi & ipsi scripti scriptæve essent, numerum hæredum augerent, *l. ult. C. hoc tit.* Ulp. *tit.* 22. §. 12. 15. & 16. Accrescebant autem hæ personæ hæredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hæreditatis accrescendo iis auferebant; ut longè diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi, quo res accrescunt; quod fit cum emolumento, cùm scilicet non petentium partes accrescunt petentibus, seu portio omissa portioni agnitæ; de quo, volente Deo,
3 tractabimus §. *si eadem*. 8. *inf. de legat.* Ad quam partem hæredibus institutis accreverint, docet Ulp. *d. t.* 22. §. *ex suis*. 14. *Scriptis* inquit, *hæredibus accrescunt*, *suis quidem hæredibus in partem virilem*, *extraneis in partem dimidiam*; atque ita quoque Cajus *lib.* 2. *tit.* 3. §. 1. Theoph. *hic*. Et notandum est, ita jus fuisse, non tantùm cùm soli aut sui aut extraneis scripti essent, sed etiam cùm permixtim. Finge, extraneum una cum filio æquis partibus hæredem institutum; hic filia, si præterita erat, singulis accrescebat ad virilem. Quod si plures extranei pluresque sui scripti fuerant, extraneis accrescebat ad dimidiam, suis ad virilem. Item si duo filii, unus extraneus, huic ad semissem, illis ad trientem: atque ita ex accidente eveniebat, ut plus consequeretur filia præterita quam filius, aut filii instituti; quod apertè ostendit locus Pauli 3. *sent.* 4. ubi ita scribit: *Filio & extraneo æquis partibus hæredibus institutis si præterita accrescat*, *tantum suo avocabit*, *quantum extraneo. Si verò duo sint filii instituti*, *suis tertiam*, *extraneis dimidiam*
tollit. Cùm igitur filiabus & nepotibus ex filio 4
præteritis hoc remedio consultum fuerit jure civili, quæritur, an etiam eo omisso bonorum possessionem contra tabulas petentes admiserit prætor? Et D. Bachovius putat, magis esse, ut prætor eos excluserit: quod perspicuè falsum est. Etenim prætorem nihil aliud considerasse legimus, quàm an liberi præteriti essent, an exhæredati, summotisque exhæredatis, præteritos omnes, insuper habito discrimine sexus & gradus, admisisse, *l.* 1. *in pr. &* §. 1. *de bon. poss. cont. tab.* junct. *l.* 2. *sec. tab.* Quod & Justinianus significat, §. *sed hæc*. 5. *inf. eod.* cùm ait, prætores in dandis bonorum possessionibus jus succesionis ab intestato, quod liberi omnes sine discrimine sexus, aut gradus ex lege duodecim tabularum habent, secutos. Sed quid argumentis opus est? Textus est apertus in *l. ult. circa pr. C. hoc tit.* verba sunt *Ex prætore autem habebat*, (filia præterita) *contra tabulas bonorum possessionem in totum*, & iterum paulo post: *Cùm enim per contra tabulas bonorum possessionem*, *vel jus accrescendi*, *semissem substantiæ filia præterita accipiebat*, &c. Ait autem nunc *semissem*, quia ante dixerat, constitutione Antonini beneficium prætoris coarctatum fuisse ad quantitatem portionis, quam jure civili filiæ præteritæ accipiebant, scriptis hæredibus accrescentes. At cur filius præteritus testamentum valere non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpebant? Differentiæ rationem subobscurè indicat Ulp. *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt. test.* *Filia vel nepos*, inquit, *quia*, *cùm emancipantur*, *una emancipatione exeunt de potestate*, *testamentum non rumpunt*. Quorum verborum hic sensus est, mirandum non esse, si jus civile facilius præteriri filiam nepotemve ex filio patiatur, quàm filium: quippe filium arctiore necessitudine eo jure constringi cum patre, quàm filiam aut nepotem cum patre aut avo; id ex eo constare, quod ille tribus demum mancipationibus & manumissionibus, hi una de potestate exeunt: videsis, quæ notavimus ad §. *præterea*. 6. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

Licebat inter cæteros hoc facere) Græci ἀορίστως hoc sc. modo, *Titius filius meus hæres esto*: *cæteri exhæredes sunto.* Gregor. Naz. in suo testamento, οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἔστωσαν ἀποκληρονόμοι. Effectus hic erat, ut ita exhæredati exhæreda-

tæ-

tæve scriptis hæredibus non accrescerent, quod præteritis tribuebatur, ne à prætore contra tabulas ab bonorum possessionem vocarentur, *l.* 8. *cont. tab. in pr.* Tantum supererat, ut testamentum inofficiosum dicerent, si nec quartam debitæ portionis accepissent, *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *de inoff. test. l. ult. C. hoc tit.* Cæteras leges exhæredationis. Ut purè fiat, *l.* 3. §. 1. *eod.* junct. *l. sed sub.* 18. *cont. tab.* ut simpliciter, non ex re certa, *l. cum quidam.* 19. *hoc tit.* ut ab omnibus gradibus, *d. l.* 3. §. 2. & *seqq. eod.* vid. D. Perez *in C. hoc t. n.* 9. & 10. etiam in filiabus & natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis, non rite exhæredationem factam & pro præteritione habitam fuisse. Illud constat, non eo minus exhæredationem rite factam ex ratione juris veteris intelligi, & testamentum subsistere quod causa exhæredationis testamento expressa non est, cujuscumque generis sint liberi exhæredati; ac proinde etiam prætoris beneficium hic cessare, solamque relinqui exhæredatis querelam inofficiosi. An verò id à Justiniano mutatum sit. *Nov.* 115. *cap.* 3. alibi disputabimus.

Si alius filius non extet.) Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius à plerisque respondetur, nullum exhæredatum esse, *l.* 2. *hoc. tit.* Demonstratio autem ac definitio sufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepercerit; veluti si ex Seja natum dixerit, aliterve eum descripserit, vel cum convitio, *l.* 3. *pro. eod.* Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucidè designatur persona, de qua quis loquitur, exhæredationem nominatim facit, *arg. l. nominatim.* 34. *de cond. & dem.* Summa igitur discriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc est; quod præteritio filii testamentum infirmabat; quod non nominatim exhæredatus pro præterito habebatur: at cæteri præteriti manente testamento scriptis hæredibus accrescebant, & quamvis non nominatim exhæredati, tamen si cætera observata essent, pro
6 rite exhæredatis habebantur. Nondum me hinc arbire finunt interpretes. Illud prius investigandum est, an ut testamentum, in quo filius est præteritus, nullum est jure civili, ita quoque vim nullam habeat jure prætorio? Et video maximam partem censere tale testamentum neutro jure subsistere, atque in totum tam jure prætorio, quàm civili improbari, Cyn. Bald. Castr. *in l.* 2. *C. de bon. poss. cont. tab.* Clar. §. *testamentum. qu.* 43. *n.* 1. Gomez. 1. *var. res. c.* 11. *n.* 5. quam sententiam prolixè tuetur Ant. Fab. 9. *conj.* 14. & *decad.* 37. *err.* 5. & 6. Argumentum eorum præcipuum est, quod in casu proposito, etiam prætorio jure succedatur ab intestato, hoc est, filio præterito detur bonorum possessio, unde liberi. *l. ult. hoc. tit. l.* 1. §. *ult. si tab. test. null. ext.* quasi nec prætor hic nullas tabulas agnoscat. Sed verior est sententia Gloss. *in d. l.* 2. *C. cont. tab.* quam & Bart. *ibid.* probat; item D. Vigl. *hic.* Goveant. 1. *var. lect.* 5. Vas. 3. *controv. illust.* 100. & *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 28. *num.* 138. & *seqq.* tale testamentum jure prætorio nullum non esse. Rationes hæ sunt. 1. Quoniam filius præteritus rectè petit bonorum possessionem contra tabulas, *l.* 1. *de bon. poss. cont. tab.* §. 1. *inst. de bon. poss.* ut proinde necesse sit tabulas aliquas jure prætorio intelligi. 2. Quia scriptis in eo testamento hæredibus datur bonorum possessio secundum tabulas, *l.* 2. *in pr. de bon. poss. sec. tab.* ubi prætor dicitur hunc ordinem servare, ut primo velit ad liberos præteritos pertinere bonorum possessionem contra tabulas, mox si inde occupata non sit, judicium defuncti sequatur, & scriptos admittat secundum tabulas. 3. Quod in danda bonorum possessione secundum tabulas hoc tantùm prætor consideret, an testamentum septem testium signis signatum sit, licet solemnia quædam jure civili requisita desint, Ulp. *tit.* 28. §. *etiamsi.* 6. 4. Quia prætor vix majorem suorum quàm emancipatorum rationem habet: quod ex eo patet, quod etiam emancipatos institui aut exhæredari jubet, §. 3. *inst. eod.* & tamen si præteriti sint testamentum jure prætorio subsistit. 5. Huc fac. *l. posthumus.* 12. *in fin. pr. l. filio.* 17. *de injust. rupt. test. l.* 12. §. *de bon. poss. cont. tab.* Ad argumentum autem modo propositum commodè responderi potest, prætorem ita esse proprii juris auctorem, ut simul etiam sit custos juris civilis, quod etiam sequatur, si quando potentius jus est ejus qui jure civili vocatur. Nec magis absurdum videri debet, eo jure dici testamentum valere, quo etiam succeditur ab intestato, quàm bonorum possessionem secundum & contra tabulas eodem jure dari. Nimirum non uno modo neç simul omnibus prætor consuli, sed successivè: & quia prior ac potentior est conditio liberorum præteritorum in petenda bonorum possessione contra tabulas, hos prius admittit: quod si illi decesserint, aut petere neglexerint, nihil absurdi se facturum putavit, si tunc scriptis hæredibus daret secundum tabulas. Quin & suos præteritos, qui jure civili 7
testamentum nullum dicere possunt, admittit ab intestato ex capite unde liberi, ut custos & administer juris civilis, *l. ult. hoc tit. l.* 1. §. *ult.*

ult. unde liberi. Planè si filius præteritus ultro se bonis paternis abstineat, hic jam fatentur interpretes, prætorem hujus testamenti rationem habere, & scriptis in eo hæredibus dare bonorum possessionem secundum tabulas, quamvis subtili juris civilis ratione non eo magis consistat, *l. filio. 17. de injust. rupt. test.* idque procedit ex sententia majoris partis, sive scripti sint, qui remoto filio rem ab intestato auferre possent, sive extranei, teste Claro. *d. qu.* 43. *n.* 3. Verissima sententia, sed à plerisque aut non intellecta, aut non bene explicata. Veram esse ostendunt tum cætera, quæ disputavimus tum evidentissime *d. l. 2. in pr. sec. tab.* quo loco Jurisconsultus scribit, prætorem velle, si bonorum possessio contra tabulas à liberis præteritis occupata non sit, eam secundum tabulas reverti ad hæredes scriptos, sine ulla qualitatis eorum distinctione. Ita verò est, Prætor ut simpliciter scriptis hæredibus bonorum possessionem pollicetur, ita petentibus eam denegare non potest: sed sæpe accidit, ut ea sine re sit & inutilis; tum etiam in modo & effectu haud parum interest, extranei scripti sint, an qui amato filio ab intestato succederent. Etenim sciendum est, bonorum possessionem secundum tabulas aut cum de re dari, hoc est, cum effectu, ut is, qui accepit, bona retineat, aut sine re, cùm alius jure civili evincere hæreditatem possit, Ulp. *tit.* 23. §. *si septem.* 5. *& tit.* 28. §. *ult.* Finge ergo, scriptum hæredem in petenda bonorum possessione prævertisse filium, qui præteritus erat, bonorum possessio, quam petens à prætore accepit, efficietur sine re, sive proximus ab intestato, sive extraneus scriptus sit, ubi scilicet filius jure suo uti volet; quippe cujus jus potentius est, quàm hæredis scripti, etiam ipsi prætori. Et ideo ne res sit sine effectu, solet fere prætor differre secundum tabulas dare, *d. l. 2. sec. tab.* Finge, filium præteritum jure suo non uti, sed hæreditate patris abstinere; hìc quidem etiam extranei hæredes in tabulis scripti secundum eas bonorum possessionem petere possunt: cæterum & hæc sine re futura est, si agnati proximi hæreditatem jure civili vindicabunt ab intestato, Ulp. *d. tit.* 23. §. *si septem.* 5. Verum enim est, eo jure testamento nullum esse. Sed & prætorem existimo proximos hìc prælaturum ex edictis *Unde legitimi, & unde cognati.* Quapropter rarissimè & uno dumtaxat casu fit, ut extranei bonorum possessionem cum re consequantur, si videlicet proximi ab intestato suo jure uti nolent, quæ causa est, quod in hac disputatione conditio additur *in fin. pr. d. l. posthumus.* 12. *de injust. rup. test. si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.* Atque ad hunc ferme modum etiam disserit D. Bachov. *in* §. *non tamen.* 6. *inf. quib. mod. test. inf.* Ant. Fab. parum hic sibi constat, ut videre est *lib. 1. conject. 19. & lib. 9. c. 14.*

TEXTUS.

De posthumis.

1. *Posthumi quoque liberi vel hæredes institui debent, vel exhæredari. Et in eo par omnium conditio est, quod & filio posthumo, & quolibet ex cæteris liberis, sive fœminini sexus sive masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur, ideoque si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur, abortum fecerit, impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. Sed fœminini quidem sexus personæ vel nominatim vel inter cæteros exhæredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ esse per oblivionem. Masculos verò posthumos, idest, filios & deinceps, placuit non aliter rectè exhæredari, nisi nominatim exhæredarentur, hoc scilicet modo,* Quicumque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto.

NOTÆ.

1. *Posthumi*) Posthumi, vel potius postumi, ut scribendum docet Grot. *sparsf. flor. sup. ad tit. qui test. tut. dar.* dicuntur, qui post mortem patris nascuntur, *l. 6. de inoff. test. l. 3. §. 1. de injust. rupt.* Plutarch. in *Coriol. & Syl.* Amm. Marcell. *lib.* 21. *Uxorem prægnantem reliquit, unde edita posthuma.*

Totum infirmatur.) Nec hoc mutatum *Nov.* 115. *c.* 3. ut falso existimat Pac. Igitur posthumi cujuscumque sexus aut gradus præteriti agnascendo rumpunt: filiæ & nepotes præteriti non rumpunt, sed accrescunt scriptis: filius præteritus testamentum valere non patitur, *l. 1. l. 3. l. 8. §. 1. de injust. rupt. l. 30. h. t.* Quod si posthumus præteritus vivo patre natus decesserit; datur scripto hæredi bonorum possessio secundùm tabulas. *l. 12. de injust. rupt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in posthumis non distinguatur sexus & gradus quoad necessitatem exhæredandi?*

2 *Cur placeat posthumis præteritis testamentum ab initio valere?*

3 *Quam*

3 *Quam rationem habeat, quod filia poſthuma inter cæteros non rectè exhæredabatur abſque legato?*

4 *Quam item, quod nepotes poſthumi etiam nominatim exhæredandi?*

Dictum eſt de liberis ſuis hæredibus, qui tempore teſtamenti facti jam nati ſunt; ſequitur de poſthumis; quo verbo hic intelliguntur omnes, qui nondum nati ſunt eo tempore, quo parens teſtamentum condit, quamvis eo adhuc vivo poſtea naſcantur, *l.* 3. §. 1. *l.* 12. *in pr. de injuſt. rupt. teſt.* Inter hos & liberos jam natos quadruplex diſcrimen hic animadvertitur. Primum eſt, quod poſthumis præteritis, cujuſcumque gradus aut ſexus ſint, teſtamentum ab initio jure conſiſtat, cùm præterito filio ſuperſtite teſtamentum injuſtum ſit & nullum, *l.* 1. & *d. l.* 3. §. 3. *de injuſt. rupt.* Secundum, quod poſthumi omnes, ſive maſculi ſive fœminæ; ſi hæredes non inſtituantur, exhæredandi ſunt; præteriti agnaſcendo teſtamentum rumpunt, & totum infirmant; filiæ autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, ſed ſcriptis hæredibus ad certam portionem accreſcunt, ut dictum §. *præc.* Tertium, quod poſthumis filiabus inter cæteros exhæredatis, pater aliquid legare cogitur; jam natis non item. Quartum, quod poſthumi maſculi non tantùm primi gradus, ſed etiam inferiorum, nominatim exhæredandi ſunt; quod non eſt neceſſe in nepotibus tempore teſtamenti natis.

Valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione rumpitur.) In hoc cernitur differentia filii poſthumi præteriti & jam nati, quia præteritus teſtamentum ſubſiſtere non patitur: item filiarum, nepotumque poſthumorum & ſuperſtitum, qui præteriti teſtamentum non rumpunt,
1 *l.* 8. §. 1. *de inju. teſt.* Cajus *lib.* 2. *t.* 3. §. 2. Cur verò ſexus & gradus non æquè in poſthumis diſtinguitur; ut in liberis natis, placetque non minus agnatione filiæ poſthumæ præteritæ, aut nepotis quam filii, teſtamentum rumpi? Nimirum cùm benignè atque humaniter, quoad fieri poteſt, de parentum in liberos voluntate ſentiendum ſit; judicarunt conſulti, teſtatorem vel ignoraſſe conceptionem vel conceptum & nondum editum per oblivionem præteriiſſe. Ad hæc incertum eſt, filius in utero ſit, an filia.

2 *Abortum fecerit.*) Hinc petenda ratio, cur poſthumo præterito placet teſtamentum ab initio valere: nimirum quia fieri poteſt, ut non naſcatur, abortum faciente muliere, ex qua ſperabatur, *l.* 2. *C. de poſt. hær.* Atque hactenus ergo nec pro nato habetur; fruſtraque objicitur, eum, qui in utero eſt, quoties de commodo ejus agitur, pro eo qui in rebus humanis ſit, haberi, *l.* 7. *l. pen. de ſtat. hom.* Nullum enim hic incommodum ſentit, cùm ſtatim ut editus eſt, teſtamentum rumpat, & regula iſta ſic temperanda eſt, ſi modo poſtea naſcatur: tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quamdiu verò quis in utero eſt, propriè nondum homo vel animal eſt, *l.* 9. §. 1. *ad. l. Falc.* ſed ſpes tantùm animantis, *l.* 2. *de mort. inf.* nec in poteſtate patris antequam naſcatur, *l. ult. de collat.* ac proinde qui mortuus editus eſt, neque natus, neque procreatus videtur, quia numquam filius appellari potuit, *l. qui mortui.* 129. *de verb. ſignif.* Sed etſi mulier monſtruoſum aliquid aut prodigioſum enixa ſit, placet teſtamentum non rumpi, *l.* 3. *C. de poſt. hær.* quia liberi non ſunt, qui contra formam humani generis procreantur, *l.* 14. *de ſtat. hom.*

Sed fœminini quidem ſexus perſonæ, &c. Quamquam ad neceſſitatem exhæredandi quod attinet, par omnium poſthumorum conditio erat, nec ſexus in poſthumis diſtinguebatur; in forma tamen exhæredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares poſthumos & fœminas: nam illi omnes non niſi nominatim rectè exhæredabantur, hæ poterant & inter cæteros. At enim ſi inter cæteros exhæredatæ eſſent, non aliter rite exhæredatio facta intelligebatur, quàm ſi quid eis legatum fuiſſet, Ulp. *tit.* 22. §. *poſthumus.* 21. Qua in re etiam 3
elucet inſignis differentia inter exhæredationem poſthumarum & filiarum ſuperſtitum: hæ enim & ſine legato inter cæteros exhæredari poterant, illæ non poterant, ne, ut ait hic Imp. viderentur præteritæ per oblivionem. Quippe pro poſthuma dici poteſt, generalem clauſulam ad eam non pertinere, cum potius præſumendum ſit patrem ignoraſſe eam eſſe in utero, & ideo ignoratione potius præteriiſſe, quàm clauſula illa, *inter cæteros*, voluiſſe exhæredari: uti ſemper benignè judicandum eſt de patrum erga liberos voluntate, quod facultas fert. De filia autem ſuperſtite, quam natam patet novit, dubitari non poteſt, quin pater cogitaverit, & tacitè eam comprehenderit ſub ſimplici & indeterminata exhæredatione; uti & de poſthuma, cui inter cæteros exhæredatæ legatum relinquit, quod præſumptionem oblivionis penitus tollit. Ex iis autem, quæ modo dicta ſunt, manifeſtum eſt, rectè judicare D. Cujacium ad *l.* 4. *hoc. tit.* de interpolatione principii, *l.* 3. *de injuſt. rupt.* & quod Ulp. ſcripſerat, *Poſthumi virilis ſe-*

sexus notatim exhæredandi sunt, Tribonianum, ut inserviret constitutioni Justiniani, de qua dicendum infra §. *sed hæc*. 5. sic immutasse, *Posthumi per virilem sexum descendentes*.

Filios & deinceps) Certum est, verbo *deinceps* intelligi nepotes posthumos ex filio, & eos quidem solos, qui nati sui hæredes futuri sunt: nam alii testamentum non rumpunt, licet in potestate avi nascantur, puta quorum pater adhuc vivit, & in potestate patris sui est, §. *seq. l.* 13. *de injust. rupt.* Ait, *non aliter rectè exhæredari, nisi nominatim.* Igitur nec si legatum adscriptum fuerit, valebit ne in nepote quidem exhæredatio, non nominatim, sed inter cæteros facta. Atque hic jam notandum, primo diversum jus hac in parte observatum fuisse in nepotibus nascituris & natis. Etenim natos jam nepotes non tantùm nominatim, sed inter cæteros quoque exhæredare licebat: quin & salvo testamento præterire: ejusdemque omnino conditionis erant, cujus & superstites filiæ, §. *præc.* Ulp. *d. tit.* 22. Nepotes autem posthumi utrisque meliores: quippe qui non modo non præteriri, sed nec
4 inter cæteros tuto poterant exhæredari. Quæ juris varietas non aliam rationem habet, quàm eam, quæ modo dicta est, filiam posthumam à nata separari. Deinde notanda etiam differentia inter pohstumos nepotes & posthumas filias, quæ inter cæteros rectè exhæredabantur, utique legato honoratæ: cum nepotis posthumi exhæredatio nominatim facienda esset, nec sufficeret inter cæteros exhæredatos legatum adscripsisse. At enim inquies; cum nepotes nati eodem jure cum filiabus natis uterentur, cur non similiter placuit, nascituros eodem jure uti, quo utebantur filiæ nascituræ? Jason apertè, & cum eo tacitè Viglius, fatentur, se hujus rei rationem ignorare: & sanè, quod D. Hotomannus putat, ubi legatum adscriptum est, non potest esse locus benignæ præsumptioni de alia voluntate parentis, quasi hunc posthumum nepotem non tam excludere voluisse videri debeat, quàm per errorem præteriisse. Una illa ex pluribus, quas affert D. Wesemb. maximè probabilis est, quod etsi legatum avus adjecerit, nisi tamen nominatim posthumum nepotem exhæredaverit, videri possit & debeat de posthuma filia potius nascitura (quæ inter cæteros cum adjectione legati exhæredari solita erat) quàm de postumo masculo cogitasse, spe propagationis nominis & familiæ suæ: cujusmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotes nati. Quid ergo est, quod Ulp. *d. tit.* 22. §. *nepotes*. 22. scribit, nepotes & pronepotes, cæterosque masculos posthumos præter filium, vel nominatim, vel inter cæteros cum adjectione legati exhæredandos: sed tutius tamen esse nominatim eos exhæredari, atque id observari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias fere eadem vult esse conditione, *l.* 8. 1. *de injust. rupt.* posse & nepotes posthumos sicut filias posthumas exhæredari; cæterum propter benignam illam, quam dixi, in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuisse; VINN. Acutior est ratio hujus discriminis, quam adfert V. G. Schulting. ad Ulpian. *l. c. p.* 641. quod jus circa fæminas cõstitutum originem debeat rationibus Voconianis. HEIN.

Quicumque mihi filius.) Positum exempli causa: ne quis ex hoc loco colligat, nepotem appellatione filii contineri etiam in re odiosa. Utendum autem necessario generali demonstratione, cùm speciali nomine aut signo posthumus demonstrari nequeat. An adhuc hodie posthumi, & præsertim post *Nov.* 115. *cap.* 3. exhæredari cum aliquo effectu possint, alibi videbimus.

TEXTUS.

De quasi posthumis.

2. *Posthumorum autem loco sunt & hi, qui in sui hæredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui hæredes: ut ecce, si quis filium, & ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet, quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel hæredem instituere, vel nominatim exhæredare, ne non jure faciat testamentum: ita & nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel hæredem instituere, vel exhæredare, ne forte eo vivo, filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos, neptisve, quasi agnascendo rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleja provisum est: in qua similis exhæredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.*

NOTÆ.

2. *Quamvis nepos quoque*) §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* §. 2. *inf. de hær. qual.* & ideo firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus, si vivo filio nec capite minu-

to,

to, avus decesserit, *l.6. pr. de injust. rupt. l. 7. si tab. test.*

In ejus locum succedere.) Successio hæc velut quædam agnatio est, propterea quod successione in locum sui hæredes fiunt.

Lege Julia Velleja.) Cujus legis caput secundum, relatum in *d. l.* 29. §. 30. interpretati Cajus *d. l.*13. & Justinianus *hic*. In casu *d. l.* 29. §. *pen.* qui ad neutrum caput legis seorsum pertinet, Julianus quoque induxit, ne rumpatur testamentum, quasi duobus capitibus legis commissis; bellè Fabrot. *ad Theoph.*

Commentarius.

1 *Quasi posthumorum varia genera.*
2 *Qui agnascendo, qui succedendo seu quasi agnascendo rumpant?*
3 *Cur plus tributum nepti quasi posthumæ, quàm filiæ aut nepoti, qui tempore testamenti avo proximus est?*
4 *Jus antiquum circa institutionem, & exhæredationem posthumorum.*
5 *Quid Gallus Aquilius circa nepotis posthumi institutionem introduxerit?*
6 *Quid lex Velleja permiserit non permissum Jure antiquiore?*

Si cui religio est scribere *posthumus*, is per me licet sine H. scribat, *postumus*, cum Cujac. *l.* 3. *obs.* 4. & *in comment. ad l. Gallus* 29. *hoc t.* Illud tamen tenendum est, posthumos à veteribus propriè dici eos, qui post mortem patris nascuntur, testibus Ulp. *l.* 3. §. 1. *de injust. test.* Varron. *lib.* 4. Fest. *lib.* 15. Plutarchus quoque in Sylla scribit, posthumos à Romanis appellatos τὺς ὕςερον τῆς πατέρων τελευτῆς γενομένυς, uti & *in Coriolano*. Et ideo Græcis interpretibus dicti χυοφερόμενοι, quod mortis parentum tempore in utero fuerint. At post legem Juliam Vellejam, qua & alii liberi, iique nati, vivo adhuc parente testatore, hæredes instituendi aut exhæredandi sunt, ne agnascendo aut succedendo testamentum rumpant instar posthumorum, cœperunt duo quodammodo esse posthumorum genera; unum eorum, qui verè & propriè posthumi sunt & dicuntur, videlicet qui
1 nascuntur post mortem parentum: alterum qui impropriè & secundum quid, nempe quoad effectum rumpendi testamentum, si non sint instituti aut exhæredati, quos quasi posthumos & posthumos Vellejanos appellare possumus. Sed & in his, qui post factum testamentum adoptantur, quæ in manum conveniunt, in filio, qui ex prima secundave manumissione in potestatem patris revertitur, similitudo quædam agnationis suorum hæredum est, & præteriti instar posthumorum testamentum rumpunt, Ulp. *tit.* 23. §. 2. Cajus *lib.* 2. *tit.* 3. §. 4. *l. filio* 23. *hoc t.* junct. §. 1. *inf. quib. mod. test. inf.* Est & posthumus Cornelianus, qui capto ab hostibus patre natus est in civitate: de quo in *l.* 15. *de injust. rupt. test. l. qui bona* 22. §. *ult. de capt. & postlimin.* Ant. Fab. 10. *conj.* 9. & 10. ubi disputar, an hic posthumus & Vellejanus diei possit. Descriptum fere ad verbum hic locus est ex Cajo, *l. posthumor.* 13. *de injust. rupt. test.*

In suis hæredis locum succedendo, quasi agnascendo) Nepotes præteriti, qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstite, non succedendo in locum patris & sui hæredis, sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui hæredes, non fiunt successione, & ideo pertinent ad caput primum legis Vellejæ, quod Imp. hic non tangit. At illi, de quibus hoc loco & in *d. l.* 13. sermo est, & scilicet qui jam nati sunt, quo tempore avus testamentum facit, sed quibus pater & suus hæres obstat, quominus & ipsi jura sui hæredis habeant, illi inquam præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus hæres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo, hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati; non agnascendo (quoniam agnasci propriè dici non possunt, qui ante testamentum nati sunt,) sed quasi agnascendo, propterea quod successione in locum sui hæredis sui hæredes fiunt; nimirum quemadmodum velut posthumus aut posthumi loco habetur, quia in jus sui hæredis succedit, ita & successio ejus velut quædam agnatio. Illi ad primum legis Vellejæ caput pertinent, *l.* 29. §. 12. *h. t.* hi secundum *d. l.* 29. §. 13. *l.* 13. *de injust. rupt.* 2

Quia filius gradu præcedit) Fieri potest non in persona filii, sed in persona nepotis, ut in avi potestate sit, nec tamen inter suos hæredes numeretur, eo quod pater eum in causa successionis præcedat: neque enim ad hoc ut quis jus sui hæredis habeat, sufficit in potestate esse, nisi simul proximum à defuncto gradum obtineat, hoc est, nemo eum in suo ordine antecedat, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* Et ideo nepos, quem pater præcedit, nec exhæredari ab avo debet, sed firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus est, si vivo filio & in eodem statu manente avus decesserit, *l.* 6. *in pr. de injust. rupt. l.* 7. *unde lib.*

Sed si filius vivo eo moriatur) Filio de familia

lia sublato, statim nepos ex eo in locum & gradum ejus successit, atque in succedendo in familia avi jus sui hæredis quasi agnatione nanciscitur: quapropter si eo se tempore præteritum deprehendat, exemplo posthumi testamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in potestate habet, ei, si omnino securè testari velit, necesse est etiam hunc nepotem similiter ut filium hæredem instituere vel exhæredare: alioqui si contingat filium vivente adhuc patre suo mori, aliave ratione de familia exiri, nepos mox patris locum occupans testamentum rumpet.

3 *Ita & nepotem neptemve ex filio*) Plus igitur tribuitur huic nepti, quàm filiæ, quæ præterita jure antiquo testamentum non rumpit, *sup. eod. in pr.* Hoc ne cui mirum videatur, animadvertendum est agi hìc de nepte, quam pater tempore facti testamenti præcedebat, & quæ postea in illis sublati locum succedit instar posthumæ. Itaque quod juris erat in filia posthuma, ut præterita testamentum rumperet, id procedendum erat ad hanc neptem, quasi posthumum, simili conjectura pietatis, quippe quam, ut credi par est, hæredem avus fecisset, si tempore testamenti primum ab eo gradum obtinuisset. Eademque ratio est, cur neptis hæc meliore etiam conditione sit, quàm nepos, qui tempore testamenti avo proximus est: quòd cùm non animadverteret D. Viglius, credidit, *in pr. h. t.* jus antiquum referri, quod postea lex Velleja abrogaverit, insigni & manifesto errore, illud quoque notandum, quod particula *nominatim*, quæ in propositione hujus comparationis exprimitur, non reperitur in redditione, uti nec in *d. l. 13. de injust. rupt.* Id quod consulto factum est, ut intelligamus, neptem quidem cum filio comparari in exhæredatione, quod necessitatem; at non in qualitate aut modo exhæredandi. Etenim cùm neptis ex filio ascendens in locum patris utatur jure posthumæ, sufficere debet indefinitè eam exhæredari, utique cum adjectione legati: quandoquidem non plus juris habet filia posthuma. Enim verò nepotem, quem posthumi jure uti placuit, eadem forma, qua filium, exheredandum esse arguunt, quæ Imperator dixit in calce §. *præc.*

Lege Julia Velleja provisum est) Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola *l. Gallus. 29. §. nunc de 11. & seqq. hoc tit.* quorum uno permissum fuit, institui posthumos etiam alienos dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotes in locum sui hæredis succedentes testamentum rumperent, in quo ipsi instituti essent, vel exhæredati, cujus posterioris capitis explicatio à Justiniano hoc loco tradita est verbis Caji in *l. posthumorum. 15. de injust. rupt. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleja, & quid ea permiserit non permissum jure antiquiore. Exponam autem paucis quid in re obscura sentiam. Cùm lege duodecim tabb. 4 ita cautum esset: *Uti quisque legassit sua rei, ita jus esto, l. verbis. 120. de verb. sign.* hæc legis verba, *uti legassit*, sic prudentes interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac judicio statuerit, decreverit, ac imperaverit, quid de re pecuniaque sua post mortem suam fieri velit. Absurdum enim visum fuit, eam testatoris voluntatem jus facere aut ratam haberi, quæ nec consilio nec judicio certo regeretur. Hinc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subjecerat, neque hæres institui, neque legatum ex testamento capere poterat, §. *incertis. 25. de legat. inf.* Ulp. *tit 22. §. 3.* ubi & eamdem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam certum esse debet consilium testantis. His porro consequens est, nec eum, qui in utero est, ex ejusdem legis sententia hæredem potuisse institui, utpote qui & ipse persona incerta habeatur, aut ut Theophilus loquitur §. *alienus. 26. inf. de legat.* ἰσικα τοῖς ἰσκεῤτυς προσώπυς; propterea credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit necne masculus an fœmina; unus, an plures nascituri. Et quamquam quod ad legitimas hæreditates posthumus pro jam nato semper habitus est, *l. pen. de stat. hom.* id tamen ob rationem, quam diximus, non obtinebat in hæreditate testamentaria. Cùm igitur ea ratione eveniret, ut sive *institutus*, sive exhæredatus, sive præteritus esset is posthumus, qui suus hæres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rumperet, & in totum voluntatem testatoris everteret, paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut & in testamentaria successione posthumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur, inter suos hæredes futuri & præteriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, instituique atque exhæredari possent: quod Cajus quodammodo significat *lib. 2. tit. 3. §. 2.* ubi de institutione & exhæredatione posthumorum agens ait, in ea etiam re legitimè conceptos pro natis haberi. In alieno posthumo nihil visum, cur à ratione juris veteris recederetur; quippe cujus institutio necessaria non est, cùm natus testamentum num-

numquam rumpat. At enimvero quia fieri potest, ut qui tempore testamenti alienus est, suus tamen nascatur, atque ita rumpat, (nam
5 cum quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur,) Gallus Aquilius induxit, (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat ostendens) posse etiam eos posthumos, & nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre sui hæredis avo nascerentur hæredes institui sine fraude ejus juris, quo placebat, posthumos alienos hæredes institui non posse. Quam in rem concepit hujuscemodi formulam, *Filius meus hæres esto. Si filius meus vivo me morietur; tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, hæres esto, l. Gallus. 29. h. t.* Dices, nepotem hic institutum esse posthumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut posthumus, quia si tempore testamenti facti nasceretur, non esset suus hæres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, sive, eo modo, quo à Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo suus erit: ea vis est articuli *tunc*, quo temporis extremitatem significat, *l. 4. §. 1. de cond. & dem.* Hoc igitur modo consideratus, non alienus, sed suus est, & salva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam instituitur. Adhuc posthumi vivo testatore nati institutio inutilis erat. Etenim cùm ut posthumos hæredes instituere liceret, eatenus dumtaxat receptum esset, quatenus testamentorum favor & necessitas postulabat, eorum, qui vivo testatore nascuntur, institutio non videbatur necessaria: quamvis enim & ipsi non eo minus testamentum rumpant; licebat tamen testatori aliud testamentum condere, & rei suæ de integro prospicere. Porro nec is posthumus, qui tempore testamenti alienus erat, pure poterat institui; hoc enim ut fieri posset, Gallus non induxerat, neque adeo inducere poterat salva ratione juris. Postremo neque nepotis, quem filius præcedebat, nati ante testamentum factum institutio efficiebat, quominus in patris remoti locum postea succedens testamentum rumperet: fortassis quia visum est non sufficere, institutum esse tamquam extraneum eum, qui tempore mortis testatoris reperitur suus. Tandem etiam in istis
6 omnibus testamentorum securitati prospectum est lege Julia Velleja; cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt, quorum primo permittitur eorum posthumorum institutio, qui vivis nobis sui nascituri sunt, ut etiam purè institui possint; capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore testamenti facti succedentes vivo testatore in locum sui hæredis testamentum rumpant, in quo ipsi sunt instituti aut exhæredati, *d. l. Gallus, 29. §. nunc de. 11. cum seqq. h. t.* Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in *d. l.* extant doctissimorum hominum, Salomonii, Goveani, Cujacii, Duareni, Alciati *lib. 3. paradox. 2. & seqq.* Ant. Fab. *lib. 9. conj. per tot.* & multis *cap. lib. 10.* sed nostra hæc ut præluceant. VINN. Obiter monere visum, hanc legem propriè non dici *Juliam Vellejam*, uti in hoc §. & apud Ulpian. *tit. 22. §. 19.* scriptum reperimus, sed *Juliam Vellejam. l. 10. §. 2. ff. de test. tut. l. 13. ff. de injust. rupt. irr.* Unde auctores sunt Junius Silanus & Vellejus Tutor Coss. quibus & SC. Vellejanum tribuitur. *l. 2. §. 1. ff. ad SC. Vell.* Add. laudat. Schulting. ad Ulpian. *l. c. p. 640.* HEIN.

TEXTUS.

De emancipatis.

3. *Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere neque exhæredare necesse est: quia non sunt sui hæredes. Sed prætor omnes tam fœminini sexus, quàm masculini, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet; virilis sexus nominatim; fœminini verò inter cæteros: quia si neque hæredes instituti fuerunt, neque ita, (ut diximus,) exhæredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

COMMENTARIUS.

1 *Emancipatos sub colore quodam suitatis à prætore vocati ad bonorum possessionem.*
2 *Prætorem in modo exhæredandi secutum distintionem sexus & gradus, quam jus civile fecit.*
3 *Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ melioris conditionis jure prætorio fuerint, quàm non emancipatæ jure civili.*

QUia non sunt sui hæredes) Liberi emancipati exeunt è familia & potestate patris, *§. præterea 6. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt; *l. pronuntiatio. 195. §. 2. de verb. sign.* Itaque jus omne, quod in familia patris antea habebant, amittunt: desinunt esse sui hæredes & agnati, quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter

familiam conservationem: denique pro alienis & extraneis jure civili habentur. *l. 6. §. 1. de bon. poss. l. 7. de cap. min. §. inf. de hær. qual. §. emancipati. 9. inf. de hæred. ab int.* Quo posito sequitur nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi, vel exhæredandi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

Prætor si hæredes non instituantur, exhæredari jubet) Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis diminutionem, hoc est, emancipationem, desierunt esse sui hæredes; tamen prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili, (quippe emancipati non minus natura liberi sunt & masculorum soboles, quod ex patre jus civile considerat, quàm non emancipati,) rescindit eorum capitis diminutionem *l. 6. §. 1. de bon. poss.* Et si testamento facto præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, *l. 1. & passim de bon. poss. cont. tab.* & cum suis quoque hæredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem unde liberi. *§. emancipati. 9. infr. de hær. ab int. d. l. 6. §. 1.* Itaque cum effectu juris emancipati beneficio prætoris tantum consequantur quantum sui, (bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hæreditate nihil differt, *l. 1. l. 2. de bon. poss.*) ideo ait, jubet prætorem emancipatos quoque liberos hæredes institui aut exhæreda-
1 ri. Et notandum, quod Jurisconsultus in *d. l. 6. §. 1. eod. tit.* ait, prætorem rescindere eorum capitis diminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam suitatis à prætore admitti quasi de potestate nunquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione, quodammodo in integrum, & in pristinum statum restituuntur. *fac. l. 3. §. si mancipatus. 5. cont. tab. & ibi Glossa.*

Fœminini sexus inter cæteros) Cujac. Hotom. Wesemb. *& inter cæteros*, quod magis placet; quasi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter cæteros; aut, ut Ulp. *tit. 22. §. mancipatos. 23. Masculos nominatim, fœminas vel in-*
2 *ter cæteros.* Voluit nimirum prætor, in modo exhæredandi servari differentiam, quam in sexu jus civile faciebat, & haud dubiè etiam quam idem jus faciebat in gradu, de quo *in pr. hujus tit.* Melioris tamen conditionis apparet fuisse filias emancipatas jure prætorio, quàm erant filiæ non emancipatæ jure civili: quippe cum illæ præteritæ testamentum in totum jure prætorio rescinderent, hæ non rescinderent, sed salvo testamento ad certam dumtaxat portionem scriptis hæredibus jure civili accrescerent. Quod minimè absurdum est, licet id existimet D. Bachovius: siquidem 3
filiæ, quæ in potestate erant, præteritæ, præter jus illud accrescendi, quod jus civile tribuebat, idem etiam jus habebant jure prætorio, quod emancipatæ, (in quo erravit Bachovius, ut supra ostendimus) & testamentum in totum evertebant. Quamquam post constitutionem Antonini non plus per bonorum possessionem contra tabulas consequebantur, quàm quantum jure civili capiebant per jus accrescendi, *l. ult. circa pr. C. de lib. præt.* & omnino verisimile est, post eam constitutionem nec emancipatas per eamdem bonorum possessionem plus accepisse, quàm accepturæ fuissent, si mansissent in potestate: quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittit) ita legendum, non *permittit. l. 7. C. comm. de succ. in Basil.* ἐπαγγέλλεται (*eis prætor bon. possessionem contra tabul.*) Testamentum, in quo emancipatus præteritus est, & civili & prætorio jure subsistit: & ideo emancipato præterito, prætor non dat bonorum possessionem ab intestato unde liberi; sicut præterito, qui in potestate est: nam tale testamentum jure civili non consistit, sed rescindit testamentum patris data bonorum possessione contra tabulas, *l. 1. de legat. præst. cont. tab.* neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur vero suis præteritis, qui vel jure civili, vel ex edicto unde liberi ab intestato succedere possunt, nihilominus hoc etiam remedium à Prætore detur, dicemus suo loco *tit. de bon. poss. lib. 3.* Quod detur, satis argumenti est, tale testamentum jure prætorio non esse nullum: est enim remedium hoc natura sua rescissorium; quod autem nullum est, rescindi non potest, *l. 5. (de injust. rupt. test.* de quo copiosius disseruimus *in pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De adoptivis.

4. *Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque hæres instituendi vel exhæredandi sunt secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati verò à patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem atinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque hæredes instituere, neque exhæredare ne-* cef-

esse sit: cùm verò emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si à naturali patre emancipati fuerint.

Notæ.

4. *Ejusdem juris*) Extra nuptias quæsiti huc non pertinent. Legitimati tamen pertinent, §. 9. *inf. de hær. ab int. Nov.* 89.

Neque jure civili, &c.) Non jure civili, quia desinunt esse sui hæredes: neque jure prætorio, quia simul nomen quoque liberorum amittunt; *l.* 4. *si tab. test. l.* 1. §. 6. *l.* 3. §. 2. *cont. tab.*

Extraneorum numero) Tantùm tertio loco ab intestato a Prætore admittuntur in ordine organorum, §. 13. *inf. de hæred. ab intest. l.* 1. §. 4. *unde cogn.*

Cùm verò emancipati, &c.) Scilicet vivo patre naturali, §. 10. *inf. d. t.* Hoc enim casu, ne utriusque parentis exciderent successione, voluit prætor, eos jus naturale liberorum recuperare, *l.* 4. *si tab. test.*

Commentarius.

1 *Insignis error Hotomanni notatus.*
2 *Jura liberorum adoptivorum emancipatione in totum dissolvi.*
3 *Adoptatos, quamdiu sunt in familia adoptativa, jus liberorum in familia patris naturalis non habere.*
4 *Emancipatos à patre adoptivo jus familiæ naturalis, quod emancipati beneficio prætoris habent, recuperare.*

Cum adoptio æquè liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfamil. suorumque hæredum, ac natura naturalibus, *l.* 1. *& passim, de adopt.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. l.* 5. *C. de suis & leg. cum similib.* consequens omnino est, ut ipsi non minus, quàm liberi naturales hæredes institui debeant, aut exhæredari; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmanda, quod naturales habent, *l.* 2. *in pr. cont. tab.* Naturales autem liberos hic intelligimus eos, qui ex justis nuptiis procreati sunt: sic enim passim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad *pr. supr. de adopt.* Cæterum legitimati quoque appellatione naturalium continentur: quippe quibus eadem jura per omnia data sunt, quæ habent ii, qui ab initio ex legitimo matrimonio nati sunt, *d.* §. 2. *inf. de hær ab int. Nov.* 89. De his dictum §. *ultim. sup. de nupt.*

Secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus) Et igitur filii adoptivi nominatim exhæredandi, nepotes & filiæ vel inter cæteros. Item filio adoptivo præterito, aut non rite exhæredato, testamentum ipso jure nullum est; filia & nepote præteritis, firmum manet, sed præteriti institutis hæredibus accrescunt ad eam portionem, ad quam præteritæ filiæ & nepotes naturales, secundum ea, quæ tradita sunt *initio hujus titul.* Dormitavit ergo Hotomannus, cum putavit, majus jus fuisse filiæ adoptivæ, quàm naturalis; quasi illius præteritio testamentum rupisset, hujus non rupisset, per *l.* 8. *in pr. de injust. rupt. test.* Alioqui certè vidisset, Ulpianum loqui eo loci, non de præteritione filiæ, quæ jam ante à testatore adoptata fuerat, quàm testamentum faceret; verùm de adoptata vel adrogata demum post factum testamentum: quæ cum utatur jure posthumæ, & in posthumis sexus non distinguatur, quod ad effectum rumpendi attinet, §. 2. *sup. eod.* testamentum rumpit quasi agnatione sui hæredis. 1

Emancipati à patre adoptivo neque jure civili, &c.) Jura liberorum adoptivorum non diutius durant, quàm quamdiu constat adoptio; ea per emancipationem dissoluta, nullum amplius jus habent, sed penitus extranei sunt patri quondam adoptivo, sive jus civile spectes, quia desierunt esse sui hæredes: sive honorarium, quia & nomen liberorum amiserunt, ut cesset ratio naturalis & æquitas edicti, *l.* 4. *unde liberi, l.* 1. §. *& sui.* 6. *l.* 3. §. 2. *cont. tab.* Et igitur nec testamento facto præteriti contra tabulas admittuntur, *hoc text. &* §. *eodem.* 12. *inf. de hær. quæ ab int.* nec ad bonorum possessionem unde liberi ab intestato, *l.* 1. §. *liberos.* 6. *d. l.* 4. *unde lib.* §. *minus ergo.* 11. *& d.* §. *eadem.* 12. *inf. de hær. ab int.*

Quamdiu sunt in adoptiva familia, extraneorum numero) Liberi adoptati, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum non habent in familia patris naturalis; sed huic interim intelliguntur esse extranei, non tantùm jure civili, verùm etiam eo jure, quod pertinet ad edictum prætoris. Etenim prætor abunde eos habere censuit in familia patris adoptivi, cui jure civili succedunt, unde jacturam bonorum patris naturalis sarciant; absurdum autem esse, unum atque eumdem jus filii cum effectu succedendi obtinere in bonis duorum patrum. Quamobrem qui in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, ii præteriti, neque jure civili testamentum nullum dicere possunt, neque jure prætorio bonorum possessionem contra tabu- 2

 las

las petere, neque quasi liberi ab intestato, §. *at hi.* 10. *cum seqq. inf. de hær. ab int. fac. l. ult. unde lib.* tantùm tertio ordine hoc casu admittuntur ut cognati, §. *admonendi.* 13. *d. tit.*

4 *Cùm emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt, &c.*) Quoniam emancipati à patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, uti modo relatum est, ne utriusque parentis successione fraudentur, voluit prætor, eos jus familiæ naturalis recuperare, *d. l.* 4. *unde lib.* hoc est, eo jure haberi, ac si à vero & naturali patre emancipati essent; inque eo statu semper mansissent, ut nisi hæredes instituti, aut exhæredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint. Nec interest, utrum qui à naturali parente in adoptionem datus sit, an qui emancipatus ab eo ipse se adrogari sciverit, postea iterum à patre adoptivo emancipetur; dum tamen vivo adhuc parente naturali. Quod omnino addendum est *d.* §. *at hi.* 10. *infr. de hær. quæ ab int. def.*

TEXTUS.

Jus novum.

5. *Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra verò constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreationem simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & prætores postea sequuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & in filiis & in filiabus & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm jam natis sed etiam posthumis, introduxit; ut omnes sive sui sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: & eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorùm infirmanda & hæreditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.*

NOTÆ.

5. *Nostra constitutio*) *L.* 4. *C. h. t.* ex qua petenda interpretatio hujus §.

Lege 12. *tabularum*) *L.* 14. *C. de legit. hær.* ubi hæc eadem iisdem fere verbis exponuntur.

Per virilem sexum) Quippe matri & avo materno in causa institutionis & exhæredationis liberi extranei sunt tam jure prætorio, quàm civili, *inf.* §. *ult.*

Ut omne) Tam filiæ & nepotes neptesque, quàm filii, & tam nasciturì, quàm jam nati. Tollitur igitur hic differentia, quæ oriebatur ex sexu & gradu tam in suis *sup. in pr.* quàm emancipatis, *sup.* §. 3. tam in jam natis quàm in posthumis, §. 1. *sup.* Differentia autem inter suos & emancipatos non tollitur, hoc est, emancipati liberi non exæquantur suis, ut & ipsis præteritis testamentum jure non subsistat.

In utero constituti) Ut filiæ posthumæ non nominatim exhæredatæ agnascendo rumpant, licet, legatum acceperint: quod secus erat jure antiquo, §. 1. *sup.*

COMMENTARIUS.

1 *Sublatio differentiæ circa effectum præteritionis, & modum exhæredationis liberorum, ratione sexus.*
2 *Eorumdem circa eadem exæquatio ratione graduum.*
3 *Sublatio discriminis, quod circa eadem erat in sexus inter posthumos.*
4 *Falli qui putant hoc §. tolli differentiam suorum & emancipatorum.*
5 *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Justinianus?*

HUc usque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Justiniani, quæ extat, *l. ult. C. h. t.* qua ille constitutione sustulit veterem in re, de qua disputamus, differentiam sexus & gradus liberorum, natorum & posthumorum, jussitque omnes, sive mares sint, sive fœminæ, sive filii, sive nepotes, sive jam nati, sive adhuc nasciturì, æquabiliter vel institui vel exhæredari, sive de jure civili quæratur, sive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco causam affert, qua motus, novum hoc jus constituerit; quæ tamen in summa una est, favor sexus fœminei.

Quia utraque persona simili naturæ officio) Prima ratio introducendi novi juris, quod fœminæ in procreatione liberorum eodem cum maribus officio naturæ funguntur. Et ideo constitutione sua insurgit in auctores istarum differentiarum, quasi naturæ accusatores existant: quæ cur, inquit, non totos masculos generavit, ut unde generentur, non fiant? Cæterum ut demus hoc verum esse, & utique hoc verum est, naturam utroque sexu ad conversationem humani generis æqualiter indigere: ratio tamen hæc tanti non est, ut propter eam jus vetus tanquam iniquum mutari debue-

buerit sanè non ideo dicendus est naturam accusare, qui masculos à fœminis in successione parentum sive restamenraria sive ab intestato fecerint: alioqui & ipse naturæ auctor accusandus fuerit, qui filio superstite à successione patris excludit filium, *Num.* 27. *v.* 8. sunt enim & alia, maximeque jura familiæ & agnationis, ob quæ meliore conditione mares esse in causa successionis, quàm fœminas; iniquum non est.

Et lege antiqua 12. *tab. omnes similiter*) Ratio altera, qua argumentando à successione ab intestaro ad testamentariam novi sui juris æquitatem commendat. Notum autem est, leg. 12. tabb. in successione liberorum ab intestato nullum discrimen in sexu agnoscere, filiasque non minus, quàm filios ad hæreditatem inrestati parentis vocare. Quin & nepotes neptesque ex filio, qui in potestate sunt, si filius suus hæres esse desiit, *l.* 1. §. 2. & 4. *de suis & legit.* §. 2. & 6. *inf. de hær. ab int.* & tamen distinctio inter sexum & gradum testamento facto est ex ratione ejusdem legis, *arg. l.* 8. §. 1. *de injust. rupt. test.* & certe plus est evertere testamentum, quàm jus succedendi ab intestato habere. Ait, *Quod & pretores postea secuti videntur*; scilicet in danda bonorum possessione ab intestato. Nam testamento facto filiabus inter cæteros exhæredatis contra tabulas bonorum possessionem nec prætor dedit, non magis quàm emancipatis aut filiabus posthumis, quibus inter cæteros exhæredatis legatum adscriptum erat, §. 1. & 3. *supr.* junct. *l.* 8. *in princ. cont. tab.*

Et in filiis & in filiabus & in cæteris, non solùm jam natis, sed etiam posthumis) His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis & formam exhæreditationis, quæ præcedentibus §§. ex eo jure relata est. Et primum exæquantur liberi in sexu,
1 (pertinent autem hæ exæquationes ad utrumque jus, prætorium, & civile) jubenturque tam filiæ, quàm filii, si hæredes non instituantur, nominatim, exhæredari: præteritis, aut non nominatim exhæredatis datur idem jus ad infirmandum patris testamentum, quod filii sui vel emancipati præteriti aut non nominatim exhæredati, illi jure civili, hi jure prætorio habent. Filiabus igitur, quæ in potestatem sunt, præteritis, jus testamentum nullum dicendi, emancipatis evertendi per bonorum possessionem contra tabulas. Itaque quod in *pr. hujus tit.* ex jure veteri traditum est, filiabus, quæ in potestate erant, præteritis testamentum non fuisse nullum, sed præteritas salvo testamento ad certam portionem accrevisse hæredibus scriptis, hic jam abrogatur, & testamentum jubetur esse inutile. Uti & illud, quod eodem loco refertur, potuisse & inter cæteros filias hasce exhæredari, eo scilicet effectu, ut & jus civile eas repelleret à jure accrescendi, & prætor à bonorum possessione contra tabulas, *l.* 8. *cont. tab.* Nullumque aliud remedium eis superesse præter unum querelæ inofficiosi, *arg. d. l.* 8. junct. §. *ult. inf. hoc tit.* Nunc enim post constitutionem Justiniani, etsi exhæredatæ sunt, dum tamen non nominatim, sed inter cæteros, testamentum jure civili non magis subsistit, quàm si filius inter cæteros exhæredatus sit: patebitque eis, ut præteritis, etiam prætorium, quod dixi, remedium, cessante querela inofficiosi testamenti, *d. l.* 8. §. 2. *cont. tab.* junct. §. 2. *inf. de inoff. test.* Denique & illud, quod prætori satis erat ad denegandam filiabus emancipatis bonorum possessionem contra tabulas, si inter cæteros essent exhæredatæ: nunc enim tanquam præteritæ à prætore admittendæ sunt instar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exhæredatos pro præteritis & olim prætor habuit, §. *emancipatos, sup. eod.* Secundo tollitur differentia graduum, liberique secundi gradus & inferiorum 2
æquantur liberis primi gradus, hoc est, nepotes & deinceps per virilem sexum descendentes filii, quod utriusque juris effectum. Ac proinde quemadmodum filii sui, ita & sui nepotes deinceps vel instituendi sunt, vel nominatim exhæredandi, iisque præteritis aut non nominatim exhæredatis perinde testamentum ipso jure nullum erit, ac si filius, qui in potestate est, præteritus aut non nominatim exhæredatus esset: cessatque jus vetus accrescendi, quod manente testamento nepotibus quoque suis præteritis dabatur, *d. pr. hujus tit.* & prætor etiam generali tantùm clausula exhæredatos tanquam præteritos nunc agnoscit. Deinde ut filio emancipato non instituto, neque nominatim exhæredato, prætor dat bonorum possessionem contra tabulas; ita & natis ex eo, qua pater eos non præcedit, per *l.* 3. *in pr.* & §. *cont. tab.* Tertio tollitur diffe- 3
rentia inter natos & posthumos, & simul, quæ in sexu quoque erat inter ipsos posthumos, jubenturque & filiæ posthumæ & nepotes ex filio institui, aut nominatim exhæredari, perinde ut liberi jam nati & posthumi masculi: idemque jus datur filiis & neptibus posthumis præteritis, vel non specialiter exhæredatis, quod posthumi masculi habent, scilicet ut agnascendo testamentum rumpant etiamsi legatum acceperint: quod secus erat jure veteri,

ri, §. 1. *sup. eod.* quo jure cum nec prætor bonorum possessionem contra tabulas daret, *d. l.* 8. *con. tab.* necessaria hoc casu erat posthumis fœminis querela inofficiosi testamenti, §. 2. *de inoff. test.* nunc autem & jure civili tamquam præteritæ rumpunt, & à prætore non negliguntur. Atque hanc esse hujus loci sententiam, cum sequentia demonstrant, tum apertissimè *d. l. ult. ver. sancimus*, *& seq. C. hoc tit.*

4 *Ut omnes sive sui, sive emancipati sint, &c.*) Hallucinatur Barth. *in auth. ex causa*, *C. hoc tit.* & cum eo fere interpretes vetustiores, qui teste Curtio Jun. *in d. auth. nu.* 43. & Jul. Claro §. *testamentum. qu.* 42. *nu.* 2. tolli quoque hoc loco putant differentiam liberorum suorum & emancipatorum. Palam enim est his verbis, *ut omnes sive sui*, *sive emancipati*, *eumdem habeant effectum, quem filii sui vel emancipati habent*, non comparari emancipatos cum suis, sed cum filiis suis cæteros suos liberos, cum filiis emancipatis cæteros emancipatos eorumque masculorum liberos, cum sexu virili sexum fœmineum, cum gradu primo gradus inferiores: ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum; verùm ut filiæ, nepotes, neptes, & deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum, sui & suæ ad suorum, & jus, quod illi habent jure civili, alii aliæve ad emancipationem, & jus, quod illi habent jure prætorio; ut sui suæve, præteriti præteritæve, aut nominatim non exhæredati exhæredatæve, adinstar filii sui testamentum ipso jure evertunt, alii aliæve adinstar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur. Quibus fere verbis ipse Justinianus utitur in *d. sua constitutione, vers. sancimus.* Thalelæus *ad l.* 1. §. 1. *comm. de man.* ibi, *in aliis pene omnibus nulla est inter liberos discretio.* Καλῶς εἶπε, τὸ σχεδὸν, ἐπειδὴ, οἱ μὲν ὑπεξούσιοι, præteriti γενόμενοι ἀφανίζουσι παντελῶς τὴν διαθήκην, οἱ δὲ emancipati, contra tabulas ἔχουσιν. Nihil pro Bart. facit, quod Justinianum impulit ad novi juris constitutionem simplex & æquale liberorum jus in successione ab intestato. Immo contra. Nam ut in causa intestati lex duodecim tab. non distinguebat sexum & gradum in suis, prætor non distinguebat in emancipatis; ita nunc similiter in causa testamenti eamdem vult servari simplicitatem jure civili in suis, jure honorario in emancipatis: Igitur nec in successione ab intestato par conditio emancipatorum & suorum fuit, nec par hic facta est à Justiniano. Et alioqui sequeretur, nepotem ex filio emancipato in potestate retentum post constitutionem Justiniani non potuisse amplius succedere in locum patris sui, & jura suorum hæredum nancisci in familia avi: nec ab avo præteritum rumpere testamentum. Quæ omnia perspicuè falsa esse constat. Et demùm longo tempore post in successione ab intestato Justinianum emancipatos suis exæquasse apparet, ex *Nov.* 118. *c.* 1. quæ tamen exæquatio sic rectè accepta est, ut nihil amplius tribuat emancipatis, quàm ut jure civili hæreditatem capere possint circa beneficium prætoris; non ut ipso jure, ut sui hæredes existant; sed ne fiant hæredes hæreditatem adeundo, sicut extranei; nec tamen hoc trahendum esse ad successionem testamentariam, inde colligo, quod testamentum ipso jure evertere majus aliquid sit, quàm ut non suis hæredibus præteritis concedi debeat.

Circa adoptivos certam induximus divisionem) *L. pen. C. de adopt.* Cujus sententia refertur §. 2. *sup. de adopt.* Et iterum plenius §. *sed ea.* 14. *inf. de hær. quæ ab intest.* Quid, quamobrem, hic Imperator constituerit, tribus verbis indicabo. Olim qui à patre naturali in adoptionem dabantur, transibant sine ulla distinctione in familiam & potestatem *patris* adoptivi: unde quamdiu constabat adoptio, pro extraneis erant patri naturali, in tantum ut nec à prætore jure liberorum censerentur, sed agnatorum dumtaxat. Emancipati autem à patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod beneficio prætoris habent emancipati à patre naturali, dum in eo statu manent: cæterum hoc ita, si vivo adhuc patre naturali emancipati erant, non si post mortem ejus, ne legitimis aut scriptis hæredibus semel delata aut quæsita hæredibus auferretur, §. *at hi.* 10. *inf. de hær. ab int.* Unde cùm fieri posset, ut hic filius utriusque patris hæreditate excideret; patris naturalis, quod eo moriente adhuc esset familia adoptiva; & simul etiam patris adoptivi, si postea emanciparetur; huic incommodo à Justiniano occursum est, cautumque, ne liberi à patre naturali in adoptionem dati jus successionis, aliudve jus ullum in familia ejus amittant, neve transeant in potestatem patris adoptivi, extra quam si avus nepotem ex filio emancipato in adoptionem acceperit. Hoc constituto, jam per se intelligitur ei, qui extraneum adoptaverit, nullam necessitatem imponi hunc vel instituendi vel exhæredandi, sive jus civile, sive prætorium consideres, sive etiam 5

ex-

extraordinarium remedium querelæ inofficiosi: sed patri naturali, in cujus potestate manet: qui autem nepotem adoptat, eum debere hunc instituere vel nominatim exhæredare, perinde ut antea juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri suo naturali interim pro extraneo esse, §. *præc.* Hæc autem ad nos non pertinere, quibus adoptionum jura incognita, vid. *sup. de adopt.* Sed neque necessitatem exhæredandorum liberorum naturalium, si hæredes non instituantur, agnoscimus; quoniam suos hæredes non habemus; valetque in his regionibus testamenrum ipso jure, etiamsi filius in eo præteritus sit: eique dumtaxat succurritur remedio querelæ inofficiosi. Gudelin. *lib. 2. de jur. nov. c. 5.* Grot. *lib. 2. manud. c.* 18. de quo plura alibi.

Textus.

De testamento militis.

6. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos vel posthumos nominatim non exhæredaverit, sed silentio præterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exhæredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.

Notæ.

6. *Constitutionibus Principum*) Gordiani in *d. l. 9.* & Philippi in *l. 10. C. de test. mil.*

Commentarius.

1 *An testamentum militis subjaceat querelæ inofficiosi.*

Militibus jure militari testantibus non solùm remissæ sunt solemnitates illæ externæ, numeri testium, rogationis, obsignationis subscriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi testamentum facientes observare tenentur: sed etiam intrinseca hæc, quæ ad parentes testantes pertinent, liberorum scilicet vel institutio vel exhæredatio: placetque, præteritionem militis, dum non ignoret se liberos habere, aut uxorem prægnantem esse, obtinere vim exhæredationis, *l. 9. & l. seq. C. de test. mil.* ad quem effectum respiciens Ulp. dixit, militem silentio exhæredare, *l. 12. de bon. libert.* Ait, *in expeditione occupatus.* Igitur extra & citra expeditionis necessitatem si miles testamentum faciat, quia id juxta regulas juris communis ordinare debet, præteritio ejus pro exhæredatione non erit, neque civili jure, neque prætorio. Non obstat, quod scriptum est *l. 9. C. de inoff. test.* filios queri non posse de inofficioso testamento militis vel jure militari, vel civili facto. Nam ut de inofficioso agi possit, necesse est, ut testamentum rectè factum sit, & jure subsistat: at testamentum jure communi factum non subsistat, in quo liberi præteriti sunt, aut si de emancipatis quæratur, necesse est, ut prætor eos non agnoscat; si de posthumis, ut nati non rumpant, §. 2. *inf. de inoff. test.*

Non ignorans, an habeat liberos) Quod militis præteritio pro exhæredatione habeatur, voluntati ejus tributum est, quæ sola testamentum sustinet, & pro jure servatur, *l. 1. de test. mil. l. 1. C. eod.* Ut autem voluntas exhæredandi obscura non est, ubi quis scit se habere liberos, iisque silentio præteritis alios hæredes instituit; ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi cùm id nesciret, forte quod falso rumore perlatum esset, eos in rebus humanis esse desiisse, alios scripsit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu sumitur, quasi, quod omnino credendum est, si scivisset se habere liberos, eos ipsos, non alios sibi hæredes scripturus fuisset, *d. l. 9. & l. seq. C. eod. tit. l. si filiusfam.* 33. §. 2. *eod.* Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam à milite præteritorum, aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint, *l. militis.* 36. §. 2. *de test. mil.*

Pro exhæredatione nominatim facta) Sequitur ergo, nec liberos suos scienter à patre milite præteritos testamentum posse nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, nec posthumum præteritum agnascendo rumpere. An ne igitur saltem querela inofficiosi dabitur, quod unum est exhæredatis perfugium? Nequaquam, *l. si. instituta.* 27. §. 2. *de inoff. testam. l. 9. l. testamentum.* 24. *l. ult. C. eod.* Planè legitimam eos petere posse per condictionem ex lege, *arg. auth. Presbyteros. C. de Episc. & Cler.* Glossa & Cyn. *in d. l. 9.* tradiderunt. Hoc autem totum jus, cùm sit singulare & militum dumtaxat ex privilegio, nulla ratio est, quamobrem cum Clero §. *testamentum. q. 40. n. 6.* Graff. §. *testamentum. q. 7. n. 3.* & interp. vulgo dicamus sublatum esse. *Nov. 115. c. 3.* generalique constitutione etiam milites, & militaria testamenta contineri, hoc est, eos etiam jure militari testantes redigi ad condi- 1

tio-

tionem paganorum, quantum pertinet ad necessitatem institutionis & exhæredationis liberorum. Quod etiam D. Viglius hic post Lud. Roman. in *d. l.* 9. observavit, & tamdem re diligenter inspecta probat D. Tulden. *in c. de test. milit. num.* 6. item D. Perez *ibid. n.* 12. add. Vasq. *lib.* 3. de *succ. creat.* §. 24. *n.* 51.

Textus.

De Testamento matris, aut avi materni.

7. *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut hæredes instituere, aut exhæredare, sed possunt eos silentio omittere. Nam silentium matris aut avi materni, & cæterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exhæredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve hæredem non instituat, exhæredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.*

Notæ.

7. *Silentium matris, &c. tantum facit*) Et hoc etiamsi mater ignoraverit se liberos habere. Sed hoc casu legata & libertates non intercidunt, quia color dementiæ hic obtendi nequit, *l.* 27. §. *ult.* & *l. seq. de inoff. test.*

Sive de jure civili.) Quo jure soli sui hæredes præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati testamentum tollunt aut rumpunt §. 5. *sup.*

Edicto prætoris) Quo liberi emancipati, sive qui sui esse desierunt, præteriti, vocantur ad contra tabulas bonorum possessionem: non qui nec sui sunt, nec esse desierunt: *d.* §. 5. *l.* 1. *l.* 4. §. 2. *cont. tab.*

Commentarius.

1 *Quod matris præteritio vim exhæredationis habeat, id facere conditionem liberorum.*
2 *Propter eamdem conditionem præteritos à matre jus antiquum scriptis accrescendi non habuisse*
3 *Explicatus locus Pauli* l. 4. §. 2. cont. tab.
4 *Quodnam sit illud adminiculum, cujus in calce hujus text. fit mentio?*

Quod militis præteritio vim exhæredationis habet, ex privilegio est; quod matris & avi materni, facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure civili pro extraneis sunt, §. 3. *inf. de hær. qual.* Nimirum 1 lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectavit, quàm naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non sic, ut filius maternæ quoque dotis, viva adhuc ea, dominus quodammodo existit, uti bonorum patris est. Quapropter si ea alium hæredem instituat filio præterito, nullam, quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit, cùm suum ei non adimat, & ideo frustra etiam requiratur exhæredatio: immo nec propriè dici possit filium exhæredare, cùm exhæredare sit suam filio hæreditatem adimere; siquidem ubi non est habitus, ibi non potest esse privatio. Igitur quia mater suos hæredes non habet, & nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo, ideo silentium matris & avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris. Et hoc, etiamsi ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus est. *l. si instituta.* 27. §. *ult.* & *l. seq. de inoff. test. facit. huc l.* 4. §. 2. *de bon poss. cont. tab. l. nulla.* 13. *de suis & legit. hær.*

Sive de jure civili) Quia, ut diximus, non sunt sui hæredes, hoc est, non tales, qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant, quod post mortem illius in iis continuetur, nisi expressè exhæredes esse jussi sint, *l. in suis.* 11. *hoc t.* Quamobrem nec ad jus civile antiquum 2 pertinent, quo solus filius suus præteritus testamentum infirmabat, cæteri liberi, sed sui item dumtaxat, præteriti, portionem scriptis hæredibus accrescendo auferebant *sup. pr. hujus tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi sui, sed soli præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati, nullum dicunt aut rumpunt, §. *sed hæc.* 5. *sup. eod.*

Sive de edicto prætoris) Paulus *l.* 4. §. 2. *cont.* 3 *tab.* scribit, edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinere ad testamenta fœminarum, addita hac ratione, quia fœminæ suos hæredes non habent. Quæ tamen ratio videri potest non esse sufficiens: non enim ad suos tantùm hæredes, sed etiam ad emancipatos, quos constat suos hæredes non esse, & vel maximè, id edictum pertinet; utpote quorum causa principaliter comparatum est, §. 3. *sup. eod.* Verùm amplius quid significare Paulus voluit, nempe edictum istud non pertinere ad eos liberos non suos, qui & numquam sui fuerunt: matrem autem, ut suos hæredes non habet, ita nec posse desinere habere: quod idcirco etiam à Cajo expressum videtur *l. nulla.* 13. *de suis & legit. hær.* Nimirum

rum prætor, quo minimum à ratione juris civilis recederet, eum dumtaxat, qui ex masculis progeniti essent, rationem habuit, & jus suitatis, quod emancipatis abstulerat capitis diminutio rescissa ea restituit, *l.6. §. 1. de bon. poss.* Atque ita jus à se introductum specie quadam suitatis coloravit, cujusmodi colore tegere ex fœminis natos non potuit.

4 *Aliud eis adminiculum servatur*) Potuisset totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti. Quod remedium cum initio tantùm competeret liberis, qui eo, quod à patre exhæredati essent, neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare poterant, *l.8. in pr. cont. tab.* postquam ex Senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est exhæredatis, sive, quod hic eamdem vim habet, præteritis à matre, suadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *inf. tit. 18.* quo loco simul discemus, id etiam parentibus iniquè exhæredatis, vel præteritis, nonnumquam & fratribus dari. Cætera quoque in eumdem locum examinanda rejicimus, quæ ab interpretibus disputari solent; veluti an adhuc post *Nov. 115. c. 3.* præteritio matris & per matrem ascendentium pro exhæredatione sit: an liberis à patre præteritis testamentum adhuc sit irritum, tum quoad legata & cæteros articulos, quàm quoad institutionem: an formæ exhæredationis aliquid adjectum, quo non observato testamentum, quod jure veteri substituisset, nunc fit nullum: aliaque ex eodem fonte manantia: & postremo etiam jus harum & vicinarum regionum, quod etiam à novissimo Justinianeo, quoscumque interpretes sequare multa re ostendemus recedere.

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

Dig. Lib. 28. Tit. 5. C. Lib. 6. Tit. 24.

Ratio dispositionis, & argumentum tituli.

Dictum hactenus de iis rebus, quas parentes cavere debent & testamento suo complecti, si id justum ratumque esse velint: sequitur nunc ipsum testamenti formale, hæredis scilicet institutio. Et caput & fundamentum testamenti esse dicitur, *§. ante 34. inf. de legat.* propterea quod sine ea testamentum consistere non potest. Dicitur & testamentum ex ea sola robur ac firmamentum capere: quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur, quàm ut quis hæres institutus sit: utique extra necessitatem instituendi aut exhæredandi certas personas. Inde dictum, eum, qui neque legaturus quid est, neque quemquam exhæredaturus, posse tribus verbis testamentum facere ut dicat, *Lucius hæres esto, l. 1. §. 3. hoc tit.* Hæredem instituere est scribere vel nuncupare testamento, quem tibi velis bonorum & universi juris successorem esse. Quibus verbis institutio fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l. quoniam 15. C. de testam.* quo loco Constantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa & inflexa, auctore Ulpian. *tit. 21.* Titulus hic noster tres partes continet, quarum in prima agitur de iis, qui hæredes institui possunt; in altera de quota hæreditatis, quam vel unus vel plures instituti habere debeant ex ratione juris, aut voluntate defuncti: in tertia de forma seu modo instituendi atque iis, quæ institutioni bene aut perperam adjiciuntur.

Textus.

Qui possunt hæredes institui.

Hæredes instituere permissum est tam liberos homines, quàm servos; & tam proprios, quàm alienos. Proprios autem olim quidem secundùm plurium sententias non aliter, quam cum libertate, rectè instituere licebat. Hodie verò etiam sine libertate ex nostra constitutione eos hæredes instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, & Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quàm ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est tamen casus, in quo nec cum libertate utiliter servus à domina hæres instituitur, ut constitutione divorum Severi & Antonini cavetur. Cujus verba hæc sunt: Servum, adulterio maculatum, non jure testamento ma-

manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eumdem à domina collata hæredis institutio nullius momenti habeatur. *Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.*

NOTÆ.

Hæredes instituere) Scribere, vel nuncupare, *l.* 1. §. 1. *D. eod.* Est autem hæredis institutio caput & fundamentum testamenti, §. 34. *inf. de legat.* neque enim sine ea testamentum potest consistere, §. 2. *inf. de fid. hær.* Quibus verbis nunc fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l.* 15. *C. de testam.*

Quàm alienus) Si modo eorum servi sint, quos ipsos hæredes instituere possumus: nam ex persona dominis cum servis testamenti factio est, *d. l.* 31. Ulpian. *tit.* 22. §. 8. *l.* 12. §. 2. *de legat.* 1.

Sine libertate) Ita & *sup.* §. 2. *qui & ex quib. caus. man.* id est, omissa libertatis datione. Constitutio erat in *l. pen. C. de serv. nec hær.*

Non per innovationem) Quia jam olim idem quibusdam placuerat, ut mox subjicit. Quod autem obtinet, ex nova est Justiniani humanitate. Ita concilia hunc locum cum *d.* §. 2.

Adulterio maculatum) Apud Marcian. *l.* 48. *hoc tit.* unde hic locus descriptus, legitur *accusatum.* Sed legendum arbitror *maculatum*, ut hìc; nec obstat *l.* 8. *C. ad leg. Jul. de adult.* Græci quoque ἔνοχοι ὄντα τῆ μοιχεία, non κατηγορούμενοι. Et ad *l.* 1. *C. qui non poss. ad lib.* ὑποπτευθὲντα ἐπὶ τῆ μοιχεία, *suspectum*, *&c.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui olim & in quantum hæreditatem capere non potuerint?*
2 *Qui & in quantum hodie hæredes institui vetentur?*
3 *Institutionem servi alieni sustineri ex persona domini, proprii ex consequentia libertatis.*
4 *Quid juris in servo communi ab uno è dominis hærede instituto?*
5 *Quid in instituto à domino nudæ proprietatis?*
6 *Quam rationem habeat casus specialis hìc relatus?*
7 *Quid si servus hæres institutus sit à fructuario?*

TAm liberos homines, quàm servos) Ὑστερολογία; nam dicendum potius erat, *tam servos, quàm liberos*, hoc est, non minus servos, quàm liberos; quomodo hoc expressit Cajus *l. non minus* 31. *hoc tit.* quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil amplius hìc traditur, quàm quod 1
heredes institui possunt. Et an ergo possunt omnes promiscuè & sine exceptione? nequaquam. Nam primum illi soli ex hominibus liberis institui possunt, qui sunt cives Romani: peregrini non possunt, sive semper tales fuerint, sive per sententiæ severitatem ad peregrinitatem redacti sint, *l.* 6. §. 2. *hoc tit. l.* 1. *C. eod. fac. l. sunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* Peregrinorum numero erant & dedititii; erat & Latinus Junianus, nisi quod hic capere hæreditatem poterat, si mortis testatoris tempore civis Romanus factus esset, Ulp. *tit.* 22. §. 1. *&* 2. Cæterum Justinianus differentias libertinitatis sustulit, data libertinis omnibus civitate, §. *ult. sup. de libert.* Sed nec qui cives sunt, omnes institui aut olim poterant, aut nunc possunt. Lege Vaconia cautum erat, ne qui census esset, virginem, neve mulierem supra quadrantem suorum bonorum hæredes instituere. Cic. *Verrin.* 3. *de præt. urb. & in orat. pro Balb.* Dio. *lib.* 56. Gell. *lib.* 21. *c.* 1. Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur cœlibes, nisi qui genere essent proximi, quicquam ex testamento civis Romani capere. Ulpian. *d. tit.* §. 2. ita tamen, nisi intra centum dies legi parerent, hoc est, matrimonium contraherent: idem Ulp. *tit.* 17. Eadem lege vetabantur orbi plus capere ab extraneo, quàm dimidiam partem eorum, quæ relicta erant; pars altera fiebat caduca, id est, fisco cedebat. Lege decimaria non amplius conjugi ex conjugis testamento capere licebat, quàm relictorum partem decimam; idem Ulp. *tit.* 15. *& seq.* Hinc natæ cautiones illæ de instituendis in tempus capiendæ hæreditatis iis, qui vel omnino quicquam, vel solidum ex testamento capere legibus istis prohibeantur, vid. *l. in tempus* 62. *l. qui non vult* 78. §. *ult. hoc tit. l. cum ei* 42. *l. si Titio* 55. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *l.* 11. *de vulg. & pup. subst. l.* 16. §. *si qui* 16. *ad senat. Treb. l.* 13. §. *ult. de jur. fisc. cum similib.* quæ nisi hinc lucem accipiant, intelligi non possunt. Postea pœnæ cœlibatus, orbitatis, & legis decimariæ sublatæ sunt, *l.* 1. *& l.* 2. *C. de infirm. pœn. cœlib.* Qui autem 2
incestis nuptiis sese polluerunt, illi nec hodie aut se mutuo, aut propudiosam sobolem instituere possunt, *l.* 6. *C. de incest. nupt.* nec mulier adulterum suum, aut hic illam, *l.* 13. *l.* 14. *de his quæ ut indign.* Add. D. Christin. *vol.* 1. *decis.* 200. Liberi naturales ex concubina nati, qui olim non minus quàm cæteri cives, non ab extraneis tantùm, sed etiam à patre, idque in solidum, hæredes institui pote-

terant, *l. Lucius* 45. *de vulg. & pup. l.* 16. §. 1. *de his quæ ut indign. l. ult. de jur. delib.* (vid. Palæoth. *de noth. spuriisq. fil. cap.* 35. *& seq.* & contra sentientes Alciat. 4. *parerg.* 5. Anton. Fab. *jurisp. tit.* 9. *pr.* 2. *ill.* 1.) ex constitutione Justiniani *Nov.* 89. *c.* 12. unde *auth. licet. C. de nat. liber.* unicam tantùm unciam ex patris testamento capere possunt, si superstites sint liberi legitimi: octo uncias; si soli superstites testatori parentes. Qua in re mitior Justinianus erga liberos naturales fuit quàm Constantinus, *l.* 1. *C. de natur. lib.* aut etiam Arcadius, & Honorius, *l.* 2. *C. eod.* vid. Graff. §. *institutio* 1. *quæst.* 7. Palæot. *d. loc.* Constitutione Leonis & Anthemii vetatur conjux conjugi secundo plus relinquere, quám uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit, *l. hac edictali* 6. *C. de sec. nupt.* Porro Principum Christianorum constitutionibus vetantur hæredes institui apostatæ, *l.* 3. *C. de apostat.* item hæretici, *l.* 4. *C. de haret. & Manich.* quod tamen non de omnibus, qui pro orthodoxis habiti non sunt, accipiendum esse arguit constitutio Justiniani *Nov.* 115. *c.* 3. ubi ἑτεροδοξίας ponit inter justas causas exhæredationis & exclusionis à successione ab intestato. Rationis autem est, ut qui ab intestato succedere potest, etiam hæres rectè instituatur. Hæc non debuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de servis tam accuratè disserit.

Et tam proprios, quàm alienos) Cum servis
3 qua servis non est testamenti factio, sed quatenus per eos hæreditas proventura est ad cives Romanos, aut ipsi cives futuri. Igitur in servo alieno persona domini spectatur, & sustinetur institutio, si dominus civis Romanus sit, & jus capiendæ hæreditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institutus esset, *l. non minus* 31. *l. si paterfam.* 40. *hoc tit. l.* 10. *de acq. rer. dom.* Quod si mihi cum domino non sit testamenti factio, puta quia peregrinus est, aut capere ex meo testamento vetatur, nec cum servo ejus erit, *arg. l. non minus* 31. *hoc tit. fac. l.* 12. §. 2. *de legat.* 1. *l. si Titio* 55. §. 1. *de legat.* 2. Ulpian. *tit.* 22. §. *alienos* 8. Vide tamen, quæ notavimus ad §. *in extraneis* 4. *infr. de hær. qual. & diff.* In servo autem proprio institutio eadem ratione defendi non potest, ut scilicet dicamus eam sustineri ex persona domini: quippe qui ipse testator est, sed ut nulla erit, aut si eam valere volumus, necesse est, ut simul consequatur libertatem.

Olim non aliter, quàm cum libertate, hodie etiam sine libertate) Plerique veterum in ea sententia fuere, ut putarent servum proprium non aliter rectè hæredem institui, quàm cum libertate, non ausi per consequentiam datæ hæreditatis libertatem servo defendere ob rationem, quam indicavimus *sup. qui & ex quib. ca. manum.* §. 2. Justinianus verò etiam omissa libertatis datione institutionem valere voluit, & perinde haberi, ac si simul liber esse jussus esset, *l. pen. C. de nec. serv. hær.* quod cùm humanitas & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est, quippe qui hoc ipso quod servum suum hæredem esse vult, non obscurè significat, velle se etiam, ut liber sit; cùm absque eo nec hæreditatem obtinere possit. Et cur, quod in servo proprio tutore sine libertate dato veteres admiserunt, ut hoc ipso, quod tutor datus est, libertas quoque ei imposita videatur, *l. quæro* 22. §. 2. *de test. tut.* §. 1. *sup. qui test. tut. dar.* non admittatur itidem in servo simpliciter hærede scripto eadem voluntatis conjectura? Ita argumentatur Justinianus *d. l. pen.* In tutore dato accedit quidem & favor pupilli, *l.* 10. §. *ult. de test. tut.* Cæterum quem testator hæredem instituit, eum vicissim majore prosequitur affectu atque honore, quàm quem liberis tutorem dat. Enimverò consequentiam legati vel fideicommissi servo proprio sine libertate relicti libertas servo non defenditur, *d. l. pen.* §. *illo.* 2. quantumvis & legatum sine libertate inutile sit, *l. servus* 76. *hoc tit.* neque enim hic idem favor est, & ex d. constitutione Justiniani voluntas testatoris aliquo modo exitum habere potest.

Quod non per innovationem) Supra tamen §. 2. *qui & ex quib. caus. man.* profitetur, se id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicinus fuit, quibus jam olim, quod hic constituitur, placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id, quod receptum erat ex plurium sententia, qui negabant, servum proprium sine libertate hæredem institui posse, Ulp. *tit.* 22. §. 7. 12. & sententiæ illius abrogationem. VINN. Adeo verum videbatur, servum nisi libertatem plenam consequutum, institui non posse, ut nec servus, qui tantùm in bonis erat, institui posset, quamvis cum libertate. Manumissus enim testamento, liber, liber quidem fiebat, sed Latinus, adeoque nec hæres esse poterat, nisi intra centum dies jura Quiritium impetrasset. Ulpian. *tit.* 22. §. 8. HEIN.

Proprius autem servus etiam, &c. in quo nudam proprietatem) Servus proprius vel in solidum

dum est, sive unius domini proprius, vel pro parte, & pluribus proprietate communis: & iterum vel proprius est pleno jure, vel nudatenus proprietate. Videamus ergo, an quod hìc constitutum est de servo proprio hærede institut, etiam ad servum communem ab uno è dominis institutum, & ad eum quoque, in quo alius usumfructum habet, pertineat? De
4 communi servo ita jus vetus fuisse constat, ut si unus è dominis libertatem ei imposuisset, eo casu pars ejus amitteretur, & socio accresceret, §. *ult. sup. de donat.* ac proinde socio quoque hæreditas acquisita fuit, si is servus simul hæres ab altero institutus fuisset: Justinianus autem, quod soli milites ex speciali concessione habebant, videlicet ut liceret militi servum communem libertate donare, eo effectu, ut socius hoc casu partem suam vendere teneretur & accipere pretium, voluit jus esse commune omnium civium, *l. 1. pr. & §. 1. C. de comm. serv. man.* Post quam constitutionem certum est, servum communem, quem unus è dominis & liberum & hæredem esse jussit, & libertatem & hæreditatem consequi, pretio partis, quam alter in eo habet, oblato. At nihil definit constitutio de servo communi simpliciter ab uno hærede instituto, non facta mentione libertatis. An dicemus & hic libertatem perinde pro adscripta haberi, ac si servus in solidum proprium hæres simpliciter institutus sit? atq. hujus loci? Et id quidem D. Viglio placere video. Sed vereor, ut defendi possit. Nam ut omittam tritum illud de non admittenda extensione in correctoriis, verba ipsa constitutionis *in fin. §. 1. & hoc moriturus dixerit*, extensionem istam non ferunt, ut bene observavit D. Bachovius. Et quia ratione partis, quam socius habet, servus alienus est, quidni quod responsum est de legato servo communi relicto, totum id ad socium pertinere? *L. rerum 63. §. si servo 9. pro soc. l. Plautus 49. in pr. ad leg. Falc.* idem dicimus de servo communi hærede simpliciter instituto, socium nimirum per eum servum videri institutum, & hæredem fieri? VINN. Rectè. Nam dum hæres institutus est servus communis hæreditatem totam acquirit domino socio: dum sine libertate institutus, servus ipse pro parte fit hæredis, qui in jus defuncti succedit. Fr. Balduino, Tribonianismum observanti in *l. 63. §. 3. ff. pro soc.* jam respondit Vir Clarissimus Schultingius ad Ulpianum *pag. 637.* HEIN. De servo, in quo testator nudam pro-
5 prietatem, alius usumfructum habet, ait hoc loco Justinianus, eum etiam proprium intelligi testatoris, idque convenienter rationi juris, *l. rectè dicimus 25. de verb. sign.* Et ergo etiam hic servus à domino nudæ proprietatis hæres institutus, sive cum libertate, sive simpliciter, ex constitutione Justiniani & liber & hæres erit, *d. l. pen. C. de nec. serv. hær. inst.* Neque enim quod de servo communi simpliciter instituto diximus, socium per eum hæredem fieri, locum habet in fructuario, cui hæreditas acquiri non solet, §. *de iis 4. sup. per quas pers.* Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim praestare tenebitur, atque ex re ejus acquiret, quandiu durat ususfructus; an verò pretio ususfructus dato defungetur? Illud, si sequimur constitutionem *l. 1. C. comm. de man.* Hoc, si putamus, ad hunc servum etiam pertinere, quod pauco tempore post de communi servo constitutum est, *l. 1. C. de com. serv. man.*

Est tamen casus, &c.) Refertur hic ex *l. bis verbis 48. §. 2. hoc tit.* casus singularis, quo servus proprius hæres institui non potest, ne cum libertate quidem, cui locus est in muliere adulterii postulata. Hæc prohibetur, servum suum suspectum criminis ante finitam 6
cognitionem manumittere: quod ideo provisum est, ne mancipium per manumissionem quæstioni subducatur, *l. prospexit 12. qui & à quib. man.* Cùm igitur lex manumissionem & libertatem impediat, nec institutio hæredis in hujusmodi servum collata valere potest. Ait, *servum adulterio maculatum*, id est, suspectum, fama & opinione vulgi inquinatum: siquidem duos adulterii reos simul marem & fœminam ex eadem causa fieri lex Julia vetabat; ordine tantùm peragi poterant, *l. 8. C. ad leg. Jul. de adult.* ac proinde etiam in *d. l. 48. §. 2.* unde hæc sumpta sunt; eodem modo ut hic legendum esse arbitror; non ut ibi, *adulterii causatum.* Theophilus vertit, ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, *obnoxium*, *implicitum*, non dixit, κατηγορούμενον.

Alienus servus, in quo usumfructum, &c.) 7
Igitur hic servus à fructuario hæres institutus, nec hæres nec liber erit, sed hæreditatem acquiret proprietario, ad instar servi planè alieni, §. *seq. vers. alienus quoque.* Et verò post mortem fructuarii finitur ususfructus, & consolidatur cum proprietate. Sed etsi liberum simul eum esse jusserit, adhuc idem dicendum est: quoniam alieno servo libertas inutiliter datur: neque huc accommodari potest pars constitutionis Justinianeæ, *l. 1. vers. fin autem, C. comm. de man.* de servo à vivente fructuario manumisso, ne scilicet is cogatur servire proprietario, quamdiu constat ususfructus;

ctus; quia, ut dictum est, morte fructuarii jus illius omne extinguitur.

TEXTUS.

Si servus hæres institutus in eadem causa manserit, vel non.

1. *Servus autem à domino suo hæredes institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, hæresque ei necessarius. Si vero à vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hæreditatem potest, quia non fit hæres necessarius, cùm utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hæreditatem debet, & ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipse alienatus neque liber, neque hæres esse potest, etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus hæres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hæreditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hæreditatem.*

NOTÆ.

1. *Destitisse à libertatis datione*) Quod si testator eum postea redemerit, revivi.cit libertas & institutio, *l. 9. §. 16. l. 50. eod.* Hinc autem intelligimus regulam juris civilis traditam *l. 23. §. de lib. & posth.* solùm procedere, cùm servus in eadem causa manet.

Jussu novi domini) *L. 62. §. 1. de acq. hær. l. 2. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* ubi hæreditatem sive bonorum possessionem cum domino ambulare Ulpian. ait.

COMMENTARIUS.

1 *Servo proprio hærede instituto, quis circa acquirendum hæreditatem institutionis effectus? & num. 2.*

3 *Quid circa idem institutio servo alieno?*

HOc constituto, non minus servos posse hæredes institui, quàm homines liberos, porro nunc quæritur de effectu institutionis servi circa acquisitionem hæreditatis, primum in servo proprio, deinde & in alieno. In utroque autem ita distinguitur, ut referat, utrum in eadem conditione servus manserit, an non manserit, propterea quod vel manumissus sit, vel alienatus. De servo proprio hærede instituto ait: *Siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber hæresque necessarius. In eadem causa*, hoc est, in eadem conditione servitutis, ut neque à domino post factum testamentum manumissus, neque alienatus fuerit. *Hæres necessarius*: ideo sic dictus, quia sive velit, sive nolit, post mortem domini protinus liber & hæres fit, *§. 1. inf. de hær. qual.* Quod cùm in eorum gratiam initio institutum esset, qui cum solvendo non essent, ignominiam bonorum venditionis in hæredes suos derivare, quàm suæ memoriæ reservare malebant, *§. 1. sup. qui ex quib. ca. man.* postea generaliter obtinuit, ut ostendit hic locus. Ratio autem hujus rei haud dubiè hæc est, quod cum honori testatoris nonnihil decedat, si repudietur ejus hæreditas, visum sit, id servo licere non debere, in quem testator simul cum hæreditate contulit inæstimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex constitutione juris civilis libertas & hæreditas ita conjuncta sunt, ut neutrum separatim servo adimi possit, neque libertas sola, neque sola hæreditas, *l. 13. §. 1. de lib. & posthum. l. 6. §. ult. h. t.* 1

Quod si à vivo testatore manumissus, &c.) Casus contrarius, quo scilicet servus proprius hæres institutus in eadem conditione non mansit, duplex est, vel quia post factum testamentum manumissus est, vel quia alienus. Manumissus suo arbitratu hæreditatem adibit: quia non fit hæres necessarius, quia hæreditatem dumtaxat, non etiam libertatem ex testamento domini consequitur, *l. antepen. hoc tit. l. 6. §. 3. eod.* Utique tamen probè facturus est, si pro beneficio libertatis ante adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut suspiciat ejus hæreditatem. Alienatus nec liber nec hæres fit, etiamsi cum libertate hæres fuerit institutus: hoc enim ipso quod alienatus est, mutata voluntas domini & revocata datio libertatis intelligitur, ut jam perinde haberi debeat, ac si jam tempore testamenti facti alienus fuisset: ac proinde jubente novo domino hæreditatem acquiret, *l. 9. §. servus 16. l. servum 50. hoc tit. l. servo 42. de cond. & dem. l. quæsitum 91. §. 3. de legat.* Enimvero si testator eum postea redemerit, reviviscit, ut ita dicam, libertas & institutio, *d. l. 9. §. 16. d. l. 50. hoc tit.* Hinc autem intelligimus, regulam juris civilis traditam *l. 13. §. 1. de lib. & posthum.* tunc solum procedere, cum servus in eadem causa manet: nam si alienatus fuerit, necesse est fateri, inutilem esse libertatis dationem, quod & Viglius notat. 2

Alienus quoque servus) Supra dictum est, etiam

etiam servum alienum hæredem institui posse: cæterum sustineri institutionem non ex persona servi, sed ex persona domini, civis scilicet Romani, quasi ille ipse mediatè per servum institutus videatur. Nimirum ut servi etiam hac in re dominis suis utiles esse possint, receptum est, ut persona dominorum iis ad tempus accommodetur, cùm alioqui cum servis non sit testamenti factio, *l. non minus* 31. *h. t. l. debitor.* 82. §. 2. *de legat.* 2. Nunc hic itidem de effectu istiusmodi institutionis quæritur, quemadmodum paulo ante quæsitum fuit de effectu institutionis servi proprii.

3 *Si in eadem causa, &c.*) In alieno servo hærede instituto iidem casus distinguuntur, qui in proprio: nam ut mansir in eadem causa, & dominum suum hæredem facit, nempe si jussu ejus adierit, §. 3. *sup. per quas pers.* aut non mansit, vel quia alienatus est, & jubenti ei domino hæreditatem acquirit, cujus in potestate est tempore aditionis, *l. Antistius* 62. §. 1. *de acq. hær. l.* 2. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* quo ioco Jurisconsultus ait, hæreditatem sive bonorum possessionem ambulare cum domino: vel quia manumissus est, quo casu suo arbitrio hæreditatem adire eamque sibi acquirere potest, Ulpian. *tit.* 22. §. 13. Et igitur licet pesona domini in hujusmodi instirutionibus inspiciatur, ur sit cum servis testamenti factio; videtur tamen simul & personæ servi rario haberi, *fac. l. debitor* 82. §. 2. *de legat.* 2. *l.* 5. *de serv. legat. l. si paterfam.* 4. *hoc tit.* Illud notandum est, servum alienum cum libertate frustra hæredem institui in tantum, ut etsi is postea testatoris esse cœperit, nihilo magis liber aut hæres fiat, *l. si alienum* 49. *hoc tit.*

TEXTUS.

De servo hæreditario.

2. *Servus etiam alienus post domini mortem rectè hæres instituitur: quia & cum hæreditariis servis testamenti factio est. Nondum enim adita hæreditas personæ vicem sustinet, non hæredis futuri, sed defuncti, cum etiam ejus, qui in utero est, servus rectè hæres instituitur.*

NOTÆ.

2. *Post domini mortem*) Non ita, *Stichus post mortem Titii domini sui hæres mihi esto*, ut malè Th. sed ita, *Stichus servus Titii defuncti hæres mihi esto.*

Nondum adita hæreditas personæ vicem) Ratio dubitandi, quia tempore facti testamenti servus nullius est, *l.* 64. *hoc tit.* Ratio decidendi, quia jacens hæreditas personæ defuncti locum interim obtinet, & pro domino habetur, *l.* 31. §. 1. *eod. l.* 33. *l.* 62. *de acq. rerum domin. inf. de stip. serv. in pr.*

Non hæredis futuri, sed defuncti) *Dd. loc. cum simil.* Immo non defuncti, sed hæredis futuri, *l.* 14. *de nov.* Solve: hæreditas qua jacens considerata defunctum repræsentat, ut actus ex persona ejus vires capiat, *l.* 52. *h. t. l.* 33. §. *ult. de acq. rer. dom.* adita verò videtur retro repræsentasse personam hæredis, cui soli eventu inspecto acquiritur, *d. pr. in fin. de stip. serv.* fac. *l.* 73. §. 1. *de verb. obl. l.* 28. §. *ult. l.* 35. *de stip. serv.*

Ejus, qui in utero est, servus) Hoc eamdem plane rationem habet, *l.* 64. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Diversa consideratione rectè dici, jacentem hæreditatem repræsentare & personam defuncti & personam hæredis.*

2 *Cum servus posthumi alieni hæres institui potuerit, ipse posthumus alienus non potuerit?*

CUm servi alieni institutio, ut dictum est, sustineatur ex persona domini, quæsitum est, an servus alienus rectè hæres instituatur etiam post mortem domini, hoc est, servus hæreditarius? Dubitandi causa ex eo, quod in proposito persona domini, qui nullus est tempore facti testamenti, *l. ejus servum* 64. *hoc tit.* servo accommodari non possit. Placuit tamen nihilominus, rectè hunc servum hæredem institui, quasi per interpositam hæreditatem à defuncto adhuc, ut ita dicam, personetur: quippe hæreditatem jacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantisper fictione juris haberi, *l. non minus* 31. §. 1. *hoc tit. l. hæreditas* 34. *l. hæreditas* 61. *de acq. rer. dom. l.* 13. §. 2. *ad. l. Aquil. l.* 15. *de inter. in jur. l.* 9. *C. depos. cum simil.*

Non hæredis futuri, sed defuncti) Hoc totidem quoque verbis traditur *d. l.* 34. *de acq. rer. dom.* alibi simpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum, *d. l.* 31. *h. t. & inf. de stip. serv. in pr.* Apud Pomponium tamen contra scriptum legimus, hæreditatem interim sustinere personam hæredis, *l. novat.* 24. *in fin. de novat.* quod & ratio juris efficere videtur. Siquidem qui postea hæres extitit, ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive quod idem valet, retro agitur hæreditas, quamvis postea adita, & cum tempore

re mortis continuatur, *l. hæres.* 54. *de acq. hær. l. omnis.* 138. *l. omnia.* 193. *de reg. jur.* Sunt qui putant, non satis inter veteres hac de re convenisse, inter quos & D. Hotomanus est. Nolim ego temere eo decurrere. Videamus, an non utrumque rectè dici possit, hæreditatem repræsentare & personam hæredis & defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hæreditatis, persona hæredis repræsentari rectè dicitur: hac enim consideratione servus hæreditarius rectè stipulatur hæredi futuro, *l. si ex re* 28. §. *ult. l. servus.* 35. *de stip. serv.* nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hæreditarii, nisi adita sit hæreditas, *l. interdum.* 73. §. 1. *de verb. obl.* item per servum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto, *inf. de stip. serv. in pr.* At si inspicimus tempus illud, quo servus hæreditarius hæres instituitur, nimirum jacentis hæreditatis, si actum valere volumus, necesse est, dicamus, hæreditatem sustinere personam defuncti: neque enim actus in suspenso esse potest: & incertum est, an is, qui scriptus est, unquam hæres extiturus sit: idque Cajus significat *l. in eo.* 33. §. *ult. de acquir. rer. dom.* cùm ait, quoties servus hæreditarius stipulatur, vel per traditionem accipit actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Paulus *in l. servus.* 52. *hoc tit.* servum hæreditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede instituto non sit. Et igitur hæreditas, quæ jacens considerata defunctum repræsentat; adita, retro videtur repræsentasse personam hæredis.

1 (margin number beside "nus est. Nolim ego temere eo decurrere.")

Cum etiam ejus, qui in utero est, servus) Confirmat quod de institutione servi alieni post mortem domini dixerat, exemplo servi, cujus dominus in utero est, sive servi posthumi alieni; nam & hunc servum ait rectè hæredem institui. Javolenus contra, hoc ex illo
2 probat, *l. ejus servum.* 54. *hoc tit.* Hic iterum videtur obstare ratio juris, utique veteris, quo jure posthumus alienus hæres institui non potuit, *infr. de bon. poss. in pr.* Hoc enim posito, consequens omnino esse videtur, nec servum hujus posthumi rectè hæredem institui, cùm, ut jam aliquoties dictum, testamenti factio cum servis ex persona domini introducta sit. Sed animadvertendum est, servum hìc dici ejus, qui in utero est respectu habito ad casum, quo iis natus & hæres factus erit: institutionem verò vires capere non ex persona ejus, qui in utero est, sed defuncti, cum quo sufficit testamenti factionem fuisse, etiamsi cum hærede scripto non sit *l. servus.* 52. *hoc tit.* Ad hæc in universum institutio servi alieni non ita comparata est, ut institutus semper dominum, in cujus potestate est tempore facti testamenti, hæredem faciat; nam alienato eo novus dominus hæres fit: manumissus ipse ad hæreditatem admittitur: quod & tunc obtinet, cum servus ejus, qui capere non potest, institutus est, *l. servus.* 82. *de acq. hær.* atque hinc clarissimè patet, verum esse quod diximus *sub* §. *præc.* in his servorum institutionibus etiam servorum, qui instituuntur, personam spectari.

TEXTUS.

De servo plurium.

3\. *Servus autem plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus hæres, unicuique dominorum, cujus jussu adierit, pro portione dominii acquirit hæreditatem.*

NOTÆ.

1\. *Ab extraneo.*) Ab uno ex dominis institutus acquirit cæteris per *l.* 63. §. 8. *pro soc. l.* 49. *ad leg. Falc.*

COMMENTARIUS.

De servo communi hærede instituto ab uno ex dominis legimus in explicatione principii hujus tit. sub fine: hìc agitur de servo plurium qui hæres institutus est ab extraneo. Ait, hunc servum unicuique dominorum, cujus jussu adierit, hæreditatem acquirere, idque non pro parte virili, sed dominica. Jussum domini præcedere debere constat, ac sine eo servum hæreditatem adeundo nihil agere; de quo *sub* §. 3. *sup. per quas pers.* Quid ergo, si unius jussu adierit? Ne sic quidem hunc interim pro majore parte, quàm dominica, hæredem faciet: cæterum sociis postea non jubentibus, adire, tacito jure partes eis accrescent, *l. servus.* 67. *de acq. hær.* add. *l. ult. de vulg. & pup. l. si servus.* 50. *de legat.* 1. §. *ult. inf. de stip. serv.*

Cum quibus testamenti factio) Hoc additum, quia, ut jam sæpe diximus, quos ipsos hæredes instituere non possumus, eorum nec servos possumus, *l. non minus.* 31. *hoc tit.* Exceptio, quod servi eorum, qui non absolutè incapaces sunt, sed κατά τι dumtaxat, cujusmodi olim erant fœminæ, orbi, cœlibes, vid. *sup. pr.* institui ab eo, ex cujus testamento domini capere non possunt, & antequam dominorum jussu hæreditatem adeant, alienati

ti novum dominum hæredem faciant, manumissi ipsi ad hæreditatem admittantur, modo nihil in fraudem legis factum sit, *l. si servus.* 82. *de acq. hær. fac. l. si Titio.* 55. §. 1. *de legat.* 2.

T E X T U S.

De numero hæredum.

4. *Et unum hominem, & plures, usque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.*

N O T Æ.

Usque in infinitum) Εἰς ἀπίραντον. Th. Sententia est, certum numerum hæredum instituendorum nemini præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti.

C O M M E N T A R I U S.

Usque in infinitum) Εἰς ἀπέραντον. Infinitum autem accipe pro indefinito incertoque hæredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat; quomodo & alibi sæpe hoc verbum usurpatur, *l. qui restituere.* 68. §. 1. *de rei vind. l.* 4. §. 2. *de in lit. Jur.* Sensus igitur hujus §. est, posse testatorem tot hæredes instituere, quod ei placuerit: nimirum certum numerum hæredum instituendorum nemini lege præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti. Inepti autem sunt, qui ex hoc loco colligunt, posse quem instituere omnes homines, qui in mundo sunt. Talis enim institutio exitum reperire non potest, neque est hominis, qui suæ mentis est compos. Vid. Gomez 1. *var. resol.* 2. *n.* 2. Planè illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, rempub. institutam videri, si quis simpliciter cives universos instituerit, & valere hujusmodi institutionem, quando permissum est rempub. aut civitatem hæredem instituere. Non enim idem hic semper jus obtinuit. Legimus, reges aliquot exteros populum Romanum sibi hæredem instituisse. Idem fecit & Flora meretrix. Plinius verò *lib.* 5. *epist.* 7. *ad Calvisium* scribit, palam esse, nec hæredem institui, nec percipere Rempub. posse. Ab eo jure postea interdum recessum: confer Ulpian. *tit.* 22. §. 5. & *tit.* 24. §. 26. *l.* 2. *l. senatus.* 20. *de reb. dub. l. omnibus.* 26. *ad sen. Treb. l. civitatibus.* 122. *de legat.* 1. *l.* 12. *C. hoc tit.* VINN. Poterat respublica institui jure gentium. Et talis hæreditas fuit Attali populo Romano relicta. Talis & Vocatii Moschi, exsulis relicta Massiliensibus. Tac. *Ann. l.* 4. *cap.* 43. Pertinuit itaque hæc prohibitio ad municipia, quæ jure civili tenebantur, non ad civitates αὐτονόμους. Præclara sunt quæ in hanc rem disserit amicissimus olim collega Nic. Hier. Gund. *Diss. de principe hærede cap.* 3. §. 2. *seq.* HEIN.

T E X T U S.

De divisione hæreditatis.

5. *Hæreditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta hæc, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit: & si unum tantùm qui ex semisse verbi gratia hæredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testamento spectatur. Et è contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hæreditatem dividere.*

N O T Æ.

5. *In duodecim uncias*) Hæc solemnis est hæredis distributio, *l.* 13. §. 1. *h. t.* quia perfectus est numerum duodenarius. Diod. Sic. *eclog.* 40. Galen. *d. cui an. pec. not. & med.* τελειότατος σύμβολον. Hermias in *Phæd. Plat.* τῶν ἀριθμῶν μυστικώτατος Aristid. περὶ μυσ. add. Cujac. ad *d. l.* 13. Duar. 2. *disp.* 36. Fabrot. *ad Theoph.*

Non semper duodecim uncias) Non est necesse ut semper distributio fiat in 12. uncias: sed potest testator vel in plures vel in pauciores uncias hæreditatem dividere, *d. l.* 13. §. 1. 2. 3. & *ult. l.* 18. *eod. l.* 13. *C. de lib. & post.* Paul. 3. *sent.* 4. Potest & in partes naturales dividi, puta in duas dimidias, tres tertias, &c. *l.* 2. 2. §. 7. *de collat. l.* 76. *de acq. hær.*

Unum ex semisse) Vel ex una aliqua alia parte hæreditatis. Idemque est, si quis institutus ex re certa, veluti ex fundo: perinde enim habetur, ac si rei mentio facta non esset, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *h. t. l.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* in cohæredem habeat indefinitè aut ex parte hæreditatis scriptum, tunc enim legatarii loco est, *l.* 13. *C. hoc tit.*

Ex parte testatus) *L.* 7. *de reg ju.* Ex postfacto tamen vi ipsa pro parte quis intestatus fieri potest, rescisso vid. pro parte testamento, *l.* 15. *in. fin l.* 24. *de inoff. test.*

Nisi

Nisi sit miles) Miles etiam ab initio pro parte tantùm testatus decedere potest, *l. pen. §. 2. de castr. pec. l. 6. l. 19. de test. mil. l. 2. C. eod.* quippe qui hìc duorum velut hominum personam sustineat, *l. 17. §. 1. eod.* Igitur si miles unum tantùm v. g. ex semisse hæredem scripserit, quantum ad alterum semissem intestatus decessisse intelligitur, & locus fiet legitimis hæredibus, *l. 19. l. 37. de test. mil.* & ita etiam in specie, *l. 6. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Assis, ejusque partium usus, quàm frequens & quibus in rebus fuerit?*

2 *Licere testatori in quot voluerit partes hæreditatem distribuere.*

3 *Quod unus tantùm, vel ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re institutus, omnium bonorum hæres fiat, magis esse ex subtilitate juris, quàm ex defuncti voluntate.*

4 *Quam rationem habeat quod jus civile non patitur eumdem testato & intestato decedere?*

5 *An testator possit prohibere jus accrescendi?*

6 *In militaribus testamentis regulæ superiori non esse locum.*

7 *Quantum mores hodierni dissideant à jure civili Romanorum?*

SEquitur pars altera hujus tit. in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes scripti ex ratione juris & voluntate testatoris consequantur: quæ res ut commodius proponi, & perfectius intelligi possit, ante docere voluit, in quot partes hæreditas plerumque dividatur, civili scilicet, & solemni distributione, earumque partium nomina indicare, quo ea in numero haberent studiosi disciplinæ juris; idque fecit verbis Ulpiani in *l. si servum. 50. §. ult. hoc tit.*

In duodecim uncias, quæ assis appellatione.) As in re numeraria est minimus æris nummus. Hinc illa, ad assem reddere, ad assem omnia perdere. Cùm sermo est de ponderibus, de divisione hæreditatis aut fundi; solidum, id est, totum quid sive integrum significat, constans ex duodecim unciis, & nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex asse possidere, *l. pen. qui satisd. cogn.* in assem vindicare, *l. post emancipationem. 40. §. 1. de legat. 3.* Hæres ex asse, pro quo etiam libella dixit Cicero *lib. 7. ad Attic. epist. 2. edit. Victor.* & alia plura ejusdem generis. Scribit Volus. Metianus *lib. de ponderib. in pr.* necessariam cognitu esse assis in suas partes distributionem, non solùm propter institutionem plurium hæredum, sed etiam propter innumera alia. Etenim assis 1 ejusque partium & omnino numeri duodenarii frequentissimus apud Romanos usus fuit, non tantùm in hæreditatibus, ponderibus aut mensura; verùm etiam in divisione corporum, veluti fundi, *l. 8. de rei vind. l. minor. 59. §. 2. de evict.* item rerum incorporalium, ut obligationum & actionum, *§. si quis una. 9. inf. de fideic. hær.* Usuras quoque Romani partibus assis distinguebant, easque partiebantur in uncias, sextantes, quadrantes, trientes, quincunces, semisses, besses, &c. ut videre est *l. 7. §. quæ autem 10. in fin. l. Titium. 47. §. 4. de adm. tut. l. liberto. 21. §. 4. de ann. legat. l. 3. §. ult. ad leg. Falc. l. creditor. 102. §. ult. de solut. l. eos 26. §. 1. C. de usur.* Sed & astrologi res omnes revocant ad duodecim partes, menses, horas, signa, latitudinem signorum: quod notat Cujac. *ad l. 13. hoc tit.* Causam usus hujus numeri, quæ à Jurisperitis tradita non est, Duarenus *lib. 2. disp. 36.* ex Galeno profert, nimirum quia nullus alius numerus in tot partes tam commodè dividatur; καὶ γὰρ ἡμισύχει, καὶ δίμοιρον καὶ τέταρτον, ἕκτον τε καὶ δωδέκατον. Locus Galeni integer refertur à Duareno.

Habent hæ partes propria nomina.) Refert jam propria nomina partium assis, contentus initium fecisse ab uncia, cum Ulpiano *d. l. 50. §. ult. hoc tit.* licet & ipsa uncia in partes minutiores dividi possit, veluti in duas semuncias, in tres duellas sive binas sextulas, in quatuor sicilicos; in sex sextulas: in 24. scriptula; de quibus idem Metian. *d. loc.* ubi cum vocabulis simul notas partium proponit, Varro *lib. 4. de ling. Lat. sub fin.* nominum rationem reddit, originemque explicat Volus. Metian. *de ponderib.* sed melius Salmas. *de mod. usur. pag. 251.* illud sciendum est, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l. 2. §. si duo 7. de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, *§. videamus. 8. inf. eod.* in sex sextas, *l. situ. 76. de acq. hær.*

Quos testator voluerit) Licet solemnis & usitata assis distributio in duodecim partes sive uncias, uti dictum est, fiat: potest tamen paterfam. eam distributionem non sequi, atque 2 in tot partes unciasve hæreditatem distribuere, in quot voluerit, sive in plures, sive in pauciores, *l. 13. §. 1. 2. 3. & ult. hoc tit.* Proinde si, verbi causa, tres hæredes scripserit singulos ex quincunce, rata est patrisfam. voluntas, ut substantiam suam partiti in quindecim uncias. Et si duos tantùm: unum ex trien-

triente, alterum ex quadrante, hæredes scripserit. Videbitur in partes septem hæreditatem divisisse, *d. l. 13. §. ult. l. Sabinus. 18. eod. l. 13. in pr. de lib. & posth.* Atque hac eadem ratione defenditur quod rescriptum est in *l. 3. C. de test. mil.* militem, quia filiam ex unciis duabus, uxorem ex una uncia instituisset, nec de residuis portionibus quicquam significasset, in tres partes videri voluisse hæreditatem dividere: non autem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere; quamvis id militi concessum sit. Sive autem plures, sive pauciores partes testator fecerit; tacito jure in duodecim semper hæreditas resolvitur, *d. l. 13. §. 1. hoc. tit.* VINN. Non absona videtur viri doctissimi A. A. Pagenstecheri conjectura *in Aphor. jur. hoc tit. §. 109.* hanc assis distributionem arcessentis à ritu testandi per æs & libram: saltim as videtur datus pro asse hæreditatis. Eo verò quum notus as hæreditatis emeretur: posses inde & rationem reddere antiqui axiomatis: *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere.* HEIN.

Si unus ex semisse, totus as in semisse) Quando unus tantùm hæres scriptus est, licet ex certa parte hæreditatis, puta triente, semisse, vel etiam minima, is perinde ac si toto asse institutus esset, omnium bonorum hæreditatem consequitur. Cæterum magis, ut opinor,
3 ex subtilitate juris & propter regulam, qua nemini partim testato partim intestato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione subjicitur, quàm ex voluntate defuncti, quæ non tam facile ejusmodi interpretationem admittit, ubi unus tantùm non dato cohærede ex parte aliqua scripturus est, quàm ubi plures ex pluribus. Nam si, verbi gratia, tres singuli ex uncia scripti sunt, commodissimè dicitur, arbitraria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hæreditatem divisisse: quod secus est, si unum tantùm institutum proponat in quadrante sive quarta hæreditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamentis paganorum, *l. 3. C. de test. mil.* hoc tamen casu diversum jus esse propter de regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coercet, & uno tantùm hærede in certa assis parte instituto à pagano, hanc partem reliquas ad se trahere; si à milite, residuum hæredes ab intestato laturos, rectè judicavit D. Viglius: quod & in Græcis Institutionibus disertè expressum est, & tantùm non etiam in *l. quærebatur. 19. de test. mil.* Quod si quis solus institutus fuerit, non ex parte aliqua hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo: perinde quasi simpliciter ac sine ulla rei mentione scriptus esset, & hic bonorum omnium hæreditatem obtinebit, *l. Cohæredi. 41. in fin. de vulg. & pup.* Nam cum harum rerum quædam inter se pugna sit; successionis universi juris, cujusmodi est hæreditas, & acquisitionis rei singularis, potestate juris detrahitur rei mentio, & hæredi sic, quasi universaliter institutus esset, succurrit, *l. 1. §. 4. l. 9. si duo, 13. hoc tit.* Sed & hoc secus se habet in testamento militis: quoniam & ipsum est ex subtilitate juris, atque ex vi superioris regulæ, quæ ad militaria testamenta non pertinet, *l. 6. de test. mil.*

Ex parte testatus, ex parte intestatus) Jus 4
nostrum non patitur, inquit Pomponius eumdem in paganis testato & intestato decessisse, *l. 7. de reg. jur.* quasi hæc duo, testatus & intestatus, inter se naturaliter pugnent, tamquam ajentia & negantia,& ideo eidem inesse, aut de eodem subjecto verè pronuntiari non possint, ex regula logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & naturali rerum pugna dici non potest, unum atque eundem in totum aut secundum eamdem partem & testatum & intestatum decessisse: at nihil prohibet ex oppositionis quominus dicamus, *eundem* testatum & intestatum decessisse, *non* secundum idem, sed secundum partes diversas. Verum ut hic quoque pugna sit, efficit subtilitas juris civilis, per quam hæres fingitur repræsentare & sustinere personam defuncti: quæ repræsentatio, ut est totius personæ, ita & totalis, atque ut est unius, ita & uniformis esse debet: hoc est, ut defunctus pro parte repræsentari non debet, ita nec debet per hæredes diversi generis partim ex testamento partim ab intestato: sed quisquis hæres est, debet in totum subire locum & vicem demortui, eumque repræsentare uno ac simplici successionis genere, vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. Et hoc est, quod scribit M. Tullius *lib. 2. de invent. cap. 21. unius pecuniæ plures dissimilibus de caussis hæredes esse non posse; nec unquam factum esse, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege hæres esset.* Cujus rei hanc rationem affert Gomez *1. resol. 3. n. 3. & 10. n. 27.* quod absurdum sit, per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt, unum & eumdem per fictionem, quæ naturam imitatur, *§. minorem. 4. sup. de adopt. l. 5. de acceptil.* repræsentari, vid. & D. Hotom. *hic.* Ego autem arbitror, naturaliter in *d. l. 7. de reg. jur.* positum esse, pro eo quod recepti pas-

passim moris erat, ut & alibi interdum, *l. 16. §. 4. de minor. l. 22. §. ult. locat.* Et sic quoque capiendum Ulpiani illud, *lex naturæ hæc est, ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur.* Id est, lex consuetudinis generalis deducta ab aliqua ratione naturali, *l. 24. de stat. hom.* Nam regula ista è solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud ipsos quidem Romanos in testamentis militum. Ex hac porro Regula descendit, quamquam non tamquam ex causa proxima aut adæquata, jus accrescendi inter plures hæredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente, pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes extiterunt, *l. un. §. his ita. 10. C. de cad. toll. l. liber homo. 59. §. 3. hoc tit.* Planè illud fieri potest, ut qui ab initio in totum testatus decessit, cujusque hæreditas semel ex testamento adita fuit, ex accidenti & post facto pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, hæredique scripto portio emolumenti auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, *l. 13. in fin. l. circa. 24. & l. seq. §. 1. de inoff. test.* Cæterum hoc regulam non subvertit: quippe cui satisfactum est, si ejus, qui testamento jure ab initio facto decessit, hæreditas ex testamento adita fuerit; ad ea, quæ postea fiunt, non pertinet, *per l. pen. §. 2. de castr. pec.* Et igitur si quis solus ex certa parte institutus sit, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocatur. Sed quid si testator adscripserit, nolle se, ut hæres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expressè prohibuerit?
5 Et quidem quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, *l. 4. qui test. fac. l. pen. §. 2. de castr. pec.* ita nemo quoque in suo testamento cavere potest, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo. 55. de legat. 1.* ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulam juris civilis dissimiliter ei succedatur, & ex testamento & simul ab intestato. Alterum ergo dicamus necesse est, vel cum Bart. *in l. 9. §. si duo. 13. hoc tit. & in l. si quis. 29. ad SC. Treb.* totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen hæredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere hæredi scripto, vid. Gomez *1. resol. 10. n. 10. & seq.* vel, rato manente testamento, prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis vetante testatore, accrescere hæredi instituto. Quæ sententia rationi juris magis consentanea est, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, perspicuè patet, & numero etiam suffragiorum vincit, testibus Vigl. *hic* Clar. *§. testamentum, q. 74.* Christin. *vol. 4. decis. 11. n. 6.* Non obstat huic senteutiæ, quod Ulpianus *in l. 9. §. si duo. 13. hoc tit.* scribit, & Vasquius *lib. 1. de succ. creat. §. 3. num. 6.* objicit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hæreditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissimè refragetur: quippe qua clausula non hoc Jurisconsultus significat, si testator prohibuerit reliquam hæreditatem accrescere institutis, ob id aut vitiari institutionem, aut partes eas relinquendas legitimis successoribus: sed quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac si nec res nec partes nominatæ essent, *d. l. 9. §. si duo. 13. & l. seq.* in manifesta testatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit, veluti in specie ab Ulpiano proposita, unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo: atque inducetur hæc inæqualitas non tamen ipso jure, quam officio arbitri familiæ erciscundæ, *l. ex facto. 35. in pr. eod.* Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. 13. C. de hær. inst.* & à qua non abhorret doctissimus Bachovius, nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem, quominus hæres scriptus ipso jure ex asse hæres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut hæres ille partes reliquas, accrescere testator noluit, tamquam ex fideicommisso teneantur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venissent, ducto argumento à simili, quale proponitur *l. 7. l. 17. & l. si quis. 29. ad sen. Treb. & §. 3. inf. quib. mod. test. inf.* Et hæc sententia mihi quoque non adeo displicet: quoniam favet voluntati morientium, salva ratione juris: eoque accommodari potest clausula *in d. l. 9. §. si duo. 13.* de qua paulo ante. Mediam sententiam excogitavit & Viglius noster: sed ille dum servare cupit voluntatem testatoris, manifestè facit adversus rationem juris, comminiscendo tacitam legitimorum hæredum in partibus, quas testator scriptum hæredem habere noluit, institutionem: qualis institutio jure nostro penitus incognita est: quòd cùm nec ipse dissimulare audeat, mihi argumento est, eum quoque omnino & sine conctatione in Saliceti opinionem transiturum fuisse, si quis modo ea proposuisset.

Nisi sit miles, cujus sola voluntas) Quæcumque subtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis eo-

6 eorumve interpretatione locum non habere ostendimus supra *tit. de mil. test.* Inter hæc autem est & regula proposita, quæ prohibet, eumdem ex parte testato & intestato decedere: & ideo de paganis tantùm eam concepit Pompon. *l.* 7. *de reg. jur.* Igitur si miles, verbi caussa, unum ex fundo hæredem scripserit, non detrahitur potestate legis mentio fundi, sed quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse intelligitur, & locus fit legitimis hæredibus, *l.* 6. *de test. mil. l.* 2. *C. eod.* Quod & tunc obtinere credimus, quando unum hæredem scripsit ex parte aliqua hæreditatis, *per l. quærebatur.* 16. *d. tit.* Sed etsi plures hæredes instituerit & unus omiserit hæreditatem, pars omissa ad alios non redebit, sed deferetur hæredibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, *l. si duobus.* 37. *eod.* Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus vel ex certo tempore hæredem miles instituere possit, ut quo tempore hæres scriptus non est, intestati hæreditas deferatur, *l.* 15. §. 4. *l. miles ita* 41. *in pr. eod.* vid. Duar. *ad tit. de test. mil. cap.* 4. Sich. *ad*
7 *l.* 1. 2. & 3. *C. eod.* In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato, partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani D. Grot. 2. *man. cap.* 18. Gudelin. 2. *de jur. noviss. cap.* 5. Christin. *vol.* 1. *decis.* 51. *num.* 48. & *seqq.* & *decis.* 312. & *vol.* 4. *decis.* 10 *num.* 3. Zypæ. *not. jur. Belg. de testam. in pr.* Unde quæsitum est, an per hoc censeri debeat abolitum quoque esse jus accrescendi? Et quidem ubi unus tantùm ex re certa vel parte aliqua hæreditatis institutus est, non magis hìc moribus nostris residuum accrescet hæredi scripto, quàm jure civili Romanorum in eadem specie ex testamento militis, sed ad hæredes ab intestato pertinebit, *arg. l.* 6. *l. quærebatur.* 19. *de test. mil. l.* 2. *C. eod.* idque etiam fatentur Christin. *decis.* 312. & Gudelin. *d. loc.* quoniam, ajunt, in hujusmodi casibus jus accrescendi non conjunctione aut voluntate testatoris, sed ex legis potestate proficiscitur. Idemque haud dubiè censuerunt, si plures quidem scripti sint, sed ex partibus inæqualibus; idque propter inæqualitatem partium, quæ etiam jure Rom. accretionem impedit inter collegatarios. De quo sub §. *si eadem.* 8. *inf. de legat.* Ego idem dixerim, etsi singulis singulæ partes æquales datæ, & pars aliqua vacet, veluti si tres scripti singuli ex quarta bonorum par e; videlicet partem vacantem hìc non accrescere scriptis, sed jure intestati ad legitimos hæredes pertinere. Sed & si, verbi gratia, plures simpliciter instituti sunt, aut in eadem partem hæreditatis vocati, & unus defecerit, adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis jure consuetudinario cæteris accrescere debere, quàm si ex verisimilibus saltem conjecturis appareat, eam fuisse voluntatem defuncti; cujus rei probatio cohæredibus incumbat, ne contra voluntatem defuncti pro parte omissa intestati, aut exitum intestati passi, plus ad eos redeat, quàm eis datum est. Hanc enim interpretationem in eadem specie veteres secuti sunt in testatore milite, *l. si duobus.* 37. *de test. milit.* cui non obstat *l.* 1. *C. eod.* quia ibi ex parte hæres institutus proponitur, qui & ipsi militi ab intestato successurus erat; nimirum frater militis: & ideo nisi alii hæredes ab intestato probent, militem noluisse ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem institutum pervenire, portio deficiens hac ipsa ratione ad fratrem pertinebit: quia pro ea parte miles intestatus decessit. Cæterum contraria sententia prævaluit hac ratione, quasi jus accrescendi proposito non descendat ex potestate juris, sed ex voluntate testatoris, quæ ex sola conjunctione æstimetur. D. Grot. 2. *manuduct. c.* 23. Gudelin. *d. c.* 5. Christin. *d. decis.* 51. *n.* 48. ac plerisque persuasum fuit, etiam olim in *testamento* militum, quamvis hi pro parte testati & pro parte intestati decedere poterant, id obtinuisse: nisi hæredes legitimi de contraria voluntate testantis docuissent, *arg. l.* 1. *C. de test. mil.* in dubio enim hanc præsumptionem fuisse; quod miles uti voluerit jure communi. Qui perspicuus error est: nec veterum hanc sententiam fuisse apparet ex *d. l.* 37. Nam posito, quod jus accrescendi ideo in militis testamento cessat, quia militi concessum, ut possit pro parte testato & pro parte intestato decedere; etiam ubi jure communi id permissum est, idem est dicendum, vid. Ant. *Fab. dec.* 72. *err.* 5. & 6. Don. *in d. l.* 1. *C. de test. milit.* Duar. *d. cap.* 4. Vasq. *lib.* 2. *de succ. prog.* §. 15. *num.* 110. & *lib.* 3. *de succ. creat.* §. 24. *n.* 41. & *multis seqq.*

TEXTUS.

De portionibus singulorum hæredum. Si testator assem non diviserit, aut partes in quorumdam persona non ultra assem expresserit.

6. *Si plures instituantur hæredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si no-*

nolit testator, eos ex æquis partibus hæredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes esse. Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte hæres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si verò totus as completus sit, ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte hæres scriptus sit: ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

NOTÆ.

6. *Nullis partibus nominatis, ex æquis*) *L. 9. §. 12. h. t.* fac. *l. 19. §. ult. de leg. 1.* Illud tamen tenendum, conjunctos unius tantùm personæ potestate fungi, v. g. si testator ita dixerit, *Titius hæres esto, Sejus & Mævius hæredes sunto.* Aut si, *Titius & fratris mei filii hæredes sunto.* Hic conjuncti unum semissem, Titius alterum habebit; *l. 15. pr. l. 59. §. 2. hoc tit. l. 34. de leg. 1. l. un. §. 10. C. de cad. toll.* nisi celeritatis gratia conjunctio facta doceatur, *l. 66. h. t.*

Si verò totus as completus) *L. 17. pr. §. 3. & 4. eod.* Breviter, qui sine parte scriptus est, vacantem portionem vel alium assem occupat, *l. ult. sec. tab.*

In dimidiam partem) Id est, in semissem reducta ratione ad solemnem assis distributionem: alius in alterum assem; eadem enim proportio est.

COMMENTARIUS.

1 *Inter institutos sine partibus pariter hæreditatem dividi, etiamsi testamento non facto inæqualiter fuissent successuri.*

2 *Quantum, expleto dupondio, qui sine parte scriptus est, habere debeat?*

3 *Perperam Hotomannum* in l. 17. §. ult. hoc tit. *pro triente substituere tressem.*

4 *Qua in re error Hotomanni maximè conspicuus.*

INtelleximus, quid juris sit, si unus tantùm hæres scriptus proponatur: nimirum eum & solum hæredem fore, atque ex toto asse, non tantùm si simpliciter aut sine parte scriptus sit, verùm etiam si ex parte dumtaxat hæreditatis, atque adeo, si ex certa aliqua re. Pergit nunc hoc §. 1. & 2. *seqq.* docere Imperator, quid fiat pluribus hæredibus institutis, quasque in portiones singuli vocati intelligantur? Distinguendi autem, ut ex progressu apparet, tres articuli. Primus est, si plures instituti sint sine definitione partium: alter, si quidam ex certis partibus hæreditatis instituti, si quidam indefinitè seu sine partibus, tertius, si omnes partibus expressis.

Nullis partibus nominatis ex æquis partibus.) Hic primus articulus est, qui omni caret scrupulo propter evidentiam voluntatis testatoris, qui, si institutos voluisset impariter succedere, partes utique expressisset, *l. 9. §. hæredes 12. hoc tit.* qua de causa idem quoque servatur in re pluribus non expressis partibus legata *l. 19. §. ult. de legat. 1.* Quin etiam eamdem voluntatis interpretationem, æqualemque partitionem sequimur, etsi qui sine partibus instituti sunt, non facto testamento in stirpes aut portionibus inæqualibus, ab intestato fuissent successuri: quia testamento facto, jam non jure proximitatis aut repræsentationis veniunt, sed titulo & jure institutionis ex judicio & voluntate defuncti, cui legitimæ successioni per testamentum suum derogare voluisse credendus est, nisi ex conjecturis contrarium elici possit. Ita post alios Wesemb. *hic, & in parat. eod. n. 6.* Mantic. *de conject. ultim. vol. lib. 4. tit. 11. n. 11.* Illud in universum tenendum, si conjuncti & disjuncti commixti sint, conjunctos unius personæ potestate fungi, *l. planè 34. de legat. 1. l. un. §. his ita 10. vers. sin verò, C. de cad. toll.* veluti in hac institutione: *Titius hæres esto: Sejus & Mævius hæres sunto*; semissem Titius & tantum solus feret, quantum duo conjuncti Sejus & Mævius, *l. liber homo 50. §. 2. hoc tit.* Conjuncti etiam, & vel maximè sunt, qui nomine collectivo instituuntur, *l. 13. in pr. eod. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst.* de cujus conjunctionis potestate Mantic. *d. loc. num. 12. & 2. seqq.* Vasq. *lib. 3. de succ. prog. §. 21. num. 33.* 1

Partibus in quorumdam personis expressis.) Hic articulus secundus est, & complectitur tres casus: nam partes adscriptæ aut non exæquant assem, aut exæquant, aut superant: duo priores hic tractantur; tertius §. 8. Primum quod attinet, ait, si partibus in quorumdam personis expressis adhuc aliquid assi deerit, id quod superest, eum vel eos, quibus pars apposita non est, habituros, verbi causa, si duo scripti sint ex quadrantibus, tertium sine parte scriptum, quod ex asse reliquum est, & nimirum semissem, ablaturum. Hoc & Ulpian. *l. item quod 17. in pr. eod.* atque omni dubio hic item casus caret. Secundus est, si partes nominatæ assem exæquent sive expleant; de quo sic breviter hic Imperator: *Si totus as comple-*

pletus sit, ii qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nimirum cum asse expleto alius sine parte hæres scriptus est, hic, quia ad nullam residuam asis partem restringi potest indefinitè scripti institutio, verisimile est, testatorem ad novum assem sive ad dupondium transire voluisse, atque in uncias 24. hæreditatem distribuere. Et consequenter ergo qui sine parte scriptus est, in alium illum assem veniet aut si plures omnes in eumdem, *d. l.* 17. §. 3. & 4. vel si dupondius ad assem revocetur, quo respexit Justinianus, venient indefinitè scripti in semissem; eadem enim utrobique proportio est. Similiter si quis du-
2 pondium distribuerit, & tertium sine parte hæredem scripserit; ad tripondium transitum fecisse intelligitur: & ideo qui sine parte institutus est; in tertium assem veniet, sive re ad unum assem revocata in trientem, §. 8. *inf. eod.* eaque mens est Jurisconsulti *in d. l.* 17. §. *ult.* cum ait, distributo dupondio sine parte scriptum non in alium assem, sed in trientem venire, non in alium assem oppositum dupondio ad assem prius revocato, sive qui distributione testatoris ad solemnem unius asis rationem redacta efficiat semissem totius hæreditatis, ut ille solus tantum capiat, quantum alii omnes, uti fit, cum quis sine parte scribitur expleto asse, de qua specie tractaverat, §. 3. & 4. sed in eam partem dumtaxat, qua ratione ad unnm assem revocata, efficiat illius asis trientem, atque in distributione testatoris sive in tripondio uni asi sive 12. tantum unciis ἀναλόγως respondeat. Non est igitur ferenda Francisci Hotomanni confidentia, qui locum istum Jurisconsulti mendosum esse contendens pro *trientem* reponi vult *tressem*, vel *tripondium*; quasi Jurisconsultus ita scripsisset: *Qui dupondio distributo sine parte institutus est, non in alium assem, sed in tressem venit.* Quæ oratio manifestè aut in totum falsa est, aut implicat contradictionem. Falsa, si tressem accipimus pro tribus asibns conjunctim sive pro unciis 36. in quas tota hæreditas divisa proponitur: sic enim foret, ut totum ferret solus, qui sine parte scriptus est. Contradictionem habet, si eadem vox accipiatur discretim pro asse tertio aut uno ex tribus. Nam huic enuntiationi: *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, non venit in alium assem*, apertè contraria est illa: *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, venit in tressem*, si hoc in tressem venire, in novum, in alium, in tertium assem venire. Quid est verò, quod Hotomannum impulit, ut textum hoc modo mutaret? Nimirum ut juvaret abnormen quamdam sententiam, cujus junior adhuc auctor fuit, & quam refricuit jam senior, suamque ope defendere conatus est, *lib.* 8. *obs. c.* 2. Putavit Hotomannus, quemadmodum asse completo, is, qui sine parte nominatus est, in alterum esse venit, reque ad unum assem revocata aufert semissem, simili modo, impleto dupondio, eum, qui sine parte scriptus est, tripondio ad assem revocato semissem ferre debere: nec rationem pati, ut hic tantùm trientem, ille semissem ferat. Igitur Hotomannus cùm huic opinioni suæ videret obstare d. locum Ulpiani scriptum manifestissimè in contrarium, lectionem loci ex cerebro suo mutavit, ùt pro *in trientem venit*, sustituerit *in tressem venit.* Quæ verba, si Hotomanno credimus, significabunt, aufert proportione sua indefinita ex tresse 18. uncias. Sed nihil est, quod cum ratione aut proportione magis pugnet, quàm hæc Hotomanni opinio: nec nihilum proficit mutata lectione: quippe cùm in tressem venire duobus tantùm modis quis dici possit, & iis, quos paulo ante indicavi; miror, virum alias acutissimum non potuisse videre harum rerum minimè obscuram dissimilitudinem. Quo plures in partes res quæque discerpitur, eo minus singuli ex toto ferant necesse est. Accidit hoc item in distributione hæreditatis: ac proinde si hæreditas distributa fuerit in uncias sive partes 36. ut in quæstione proposita, cum exhausto dupondio aliquis sine parte hæres scribitur, non potest nec debet, is, cui pars adscripta non est, tantum ex toto, hoc est, ex hæreditate consequi, quantum is, qui asse solùm exhausto similiter sine parte scriptus est, ubi hæreditas divisa est solummodo in uncias 24. Quid enim tam manifestum est, quàm minores esse uncias in tripondio, quàm in dupondio atque in hoc iterum minores, quàm in asse, omninoque ratione ad assem solemnem reducta, unam unciam proportione respondere duabus in dupondio, tribus in tripondio sive tresse? Sumamus exempla facillima, & prope puerilia cùm Hotomanno. *Primus ex* 12. *unciis hæres esto. Secundus hæres esto.* Hic secundus sine parte institutus habebit duodecim uncias. *Primus ex duodecim unciis. Secundus item ex* 12. *unciis hæredes sunto. Tertius quoque hæres esto.* Hic tertius itidem habebit 12. uncias, sed quæ in asse juris non tantum efficiant, quantum casu priori: illic enim singulæ semunciam, hìc binas solùm sextulas sive tertiam unciæ partem valent. Error Hotomanni in reductione & detractionibus faciendis maximè conspicuus est.

est. Is in proposita specie Tertio sine parte
4 scripto initio nihil, Primo & Secundo singulis partis suæ dimidiam detrahit, id est, uncias sex de duodecim, quot singulis adscriptæ, ut efficiat dupondium; in quo cùm Tertius 12. Primus & Secundus singuli 6. tantùm uncias habere reperiantur, ita dupondium deinde ad assem revocat, ut Primo item & Secundo singulis partis suæ, quam in dupondio iis reliquerat, dimidia, id est, ternæ unciæ detrahantur, Tertio senæ, ut unum hic semissem solus; alterum illi duo conjunctim consequantur. Quod minimè ferendum est. Nam cum Tertius interpretatione juris non minus in certam partem vocetur, quàm duo illi, in quorum persona partes expressæ sunt, & vocetur in partem partibus expressis æqualem, æqualem quoque detractionem cum cæteris pati debet: ideoque iu proposito si tres asses distributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemque gradatim & pares in singularum portionibus detractiones fiant. Prima fit tripondii ad dupondium, in qua singulis detrahenda pars tertia, id est, unciæ 4. altera dupondii ad assem, in qua singulis, ut as relinquatur, detrahenda est dimidia. Denique eadem ἀναλόγως ratio est, cum dupondio superato, aliquis sine parte scribitur, & cum dupondio non superato, sed expleto tantùm: itaque ut illic in id, quod tertio asi deest, sine parte scriptus vocatur, *l. Sabinus* 18. *eod.* ita hic integrum quidem assem tertium, at nihil amplius capere debet: add. Anton. Fabr. 5. *conj.* 20. Bachov. *in Tertul. vol.* 2. *disp.* 11. *thes.* 4.

TEXTUS.

Si pars vacet, aut exuperet.

7. *Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit hæres institutus, quid juris sit; veluti si tres ex quartis partibus hæredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacitè pro hæreditaria parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertiis partibus hæredes scripti essent. Et ex diverso, si plures hæredes scripti portionibus sint, tacitè singulis decrescere; ut si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus hæredes scripti sint, perinde habeatur, ac si unusquisque ex quarta parte hæres scriptus fuisset.*

NOTÆ.

7. *Ex quartis partibus*) Id est, singuli ex quadrante, seu tribus unciis. Et ita quoque, quod mox sequitur, *ex tertiis partibus*) id est, ex trientibus sive unciis quatuor.

COMMENTARIUS.

Hic locus pertinet ad articulum tertium, cùm hæredes omnes instituti sunt ex certis partibus. In hoc articulo si testator solemnem asis distributionem secutus, non pauciores, neque plures partes sive uncias fecerit, quàm duodecim: nihil est, de quo dubitari possit. Tantùm si pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim distributionem revocare volumus, quæri potest, quantum cuique adjici vel detrahi oporteat? Placuit autem, adjectionem vel detractionem non æqualiter & in partes viriles fieri, sed pro rata ejus partis, quæ cuique adscripta est. *l.* 13. §. 2. *& seqq. hoc tit.*

Si tres ex quartis partibus, &c.) Hoc est, si tres instituti sint singuli ex quadrante sive ex tribus unciis. Ait, *vacantem partem.* Id est, quadrantem reliquum, sive tres uncias, quæ asi desunt. *Pro hæreditatis parte.* Hoc clarius apparet, cùm adscriptæ sunt partes inæquales; veluti si testator ita dixerit, *Titius ex quadrante, Mævius ex semisse hæres sunto.* Hic enim ex tribus unciis, quæ asi explendo desunt, una Titio, duæ accrescunt Mævio, *d. l.* 13. §. 3. perinde ac si ille ex triente: hic ex besse scriptus esset. Accrescunt autem partes residuæ singulis necessario & eadem ratione, qua uni hæredi ex parte scripto reliqua hæreditas accrescit; quia scilicet juris ratio non patitur, ut eidem partim ex testamento, partim ab intestato succedatur.

Si quatuor ex tertiis partibus, &c.) Hoc est, si quatuor instituti sint, singuli ex triente sive ex unciis quatuor. *Tacitè singulis decrescere.* Pro parte item hæreditaria, ut quadrantem singuli in asse ferant. Et igitur si duo scripti sint, Primus ex 12. Secundus ex 6. unciis, Primus ex sententia veterum habebit hæreditatis bessem, Secundus trientem, *d. l.* 13. §. *sed si* 4. *hoc tit.* Et ἀναλόγως, si primus ex 12. Secundus ex 8. aut 9. scripti sint; portio Primi major erit sesquuplo vel epitrito, quàm Secundi: à qua tamen Veterum sententia videtur recessisse Justinianus, *l. cum quæstio* 23.
C. de legat. nisi dicamus cum Donell. *lib.* 6. 1
comm. c. 22. interesse, utrum asse sive duodecim unciis Primo relictis, mox semis aut sex unciæ Secundo relinquantur simpliciter, an sex unciæ aut dimidia nominatim ejusdem rei aut totius quod relictum est. Et hoc posteriore casu locum dumtaxat esse constitutioni Justi-

stiniani, qui & initio speciem ita proponit; priore non item. In quo Donello assentior: nam prior casus, de quo nulla inter veteres dissensio, Justiniani decisione non indigebat. Illud addo, posse & aliam rationem in re proposita iniri, ut progressus fiat ad dupondium, & singulis pro portione hæreditaria accrescat, quod dupondio deest. Sed & tot partes, quot à testatore factæ sunt, in divisione servari possunt, ut singuli suas ferant, *l. 15. §. ult. l. si ita 47. §. 1. leg. ex unciis 87. hoc tit.* VINN. Constitutio Justiniani binas tractat species: Priore ponitur, Titium fundum Cornelianum uni legasse in solidum, deinde alteri partem ejusdem dimidiam. Hic Sabiniani sequendam putabant proportionem geometricam, *l. 80. ff. de leg. 1. l. 13. ff. de lib. & posthum. l. 47. ff. de hær. instituend.* Proculiani autem præferebant proportionem arithmeticam. Hinc illi priori legatario bessem, alteri trientem; hi utrique partes æquales adjudicabant. Quorum sententiam probat Justinianus. Posterior species ponit, Titium fundum Cornelianum bis legasse uni, deinde semel alteri, vel eumdem fundum primum Mævio separatim, deinde Mævio & Sempronio conjunctim legasse; hic denuo quidam priori bessem, posteriori trientem; alii utrique partes æquales adjudicabant, ob easdem rationes. Horum sententiam Justinianus confirmat. Merill. *in l. Decis. c. 29. p. 372.* Nullo modo ergo hæc constitutio adversatur doctrinæ hujus §. in quo non de legato, sed de asse hæreditario quæstio est. HEIN.

TEXTUS.

Sed plures unciæ, quàm duodecim, distributæ sunt.

8. *Et si plures unciæ, quàm duodecim distributæ sint, is, qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocatur, quamvis sint plurium unciarum.*

COMMENTARIUS.

1 *Casus aliquot hic omissi recensentur.*

RECtiùs hic §. subjectus foret §. 5. propter convenientiam propositorum in utroque casuum, qui ad eumdem articulum, atque ex tribus, in quos præsens disputatio divisa est, ad secundum pertinent, nempe cùm quidam definitè, quidam indefinitè scripti sunt, ut in explicatione nostra illic videre licet.

Quod dupondio deest) Eadem ratio est in secundo asse, quæ in primo: & ideo quemadmodum asse, non expleto, is, qui sine parte scriptus est, vocatur in id, quod deest assi, ita si testator superato asse, dupondio tamen non expleto, sine parte hæredem scripserit, is quod ex dupondio deest, habebit, ad quem testator assem excedens transire intelligitur, *l. 18. hoc tit.* Quamobrem si ita scripserit, *Primus ex unciis* VIII. *Secundus item ex* VIII. *hæredes sunto. Tertius hæres esto.* Hic tertius item octo uncias, quot dupondio desunt, feret. Eadem ratione, si ita scripserit, *Primus ex sex; secundus ex octo hæredes sunto. Tertius hæres esto.* Tertius decem quæ supersunt in dupondio habebit, *l. ex unciis 87. hoc tit.* Quod si partes, uti fit, ad unum assem revocamus, in priori specie, singuli trientem, in posteriore Primus quadrantem, Secundus trientem, Tertius sine parte scriptus quicuncem feret.

Idemque erit, si dupondius expletus sit) Expletus videtur dixisse pro *superatus*: neque enim hic de expleto asse aut dupondio quæritur, sed de superato; qui casus ab illo diversus est: quamquam utriusque eadem ratio, *l. 17. §. ult. eod.* & tam is, qui, asse *aut dupondio* expleto, alium sine parte *hæredem facit*, ad dupondium vel tripondium creditur transiisse, quam is, qui id fecit asse aut dupondio jam superato; ut quemadmodum hic sine parte scriptus in id, quod dupondio aut tripondio deest, vocatus intelligitur, ita illic in novum, hoc est, secundum aut tertium assem. Sunt & alii casus, qui ad institutam disputationem pertinent, a Triboniano omissi, & fortassis de industria: velut 1. si quis *solus* institutus sit, non simpliciter aut ex parte hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo: quam institutionem valere placet, quasi mentio fundi facta non esset, & institutum bonorum omnium hæreditatem consequi, *l. 1. §. 4. hoc tit. l. cohæredi 42. in fin. de vulg. & pup.* de quo dixi §. 5. *sup. eod.* 2. Si plures instituti omnes item ex re certa: atque hoc casu similiter mentio rei & partium quoque nominatarum potestate legis detrahitur, etiam tunc cùm ex partibus rei inæqualibus instituti sunt, nisi aliud suadeat manifesta voluntas testatoris: tunc enim partium expressio valebit ad rerum divisionem, ut officio judicis familiæ erciscundæ pro rata portionis, quam cuique in rebus assignavit testator, hæreditas singulis adjudicetur, *l. 9. §. si duo 13. l. 10. junct. l. ex facto 35. in pr. eod.* 3. Si plures instituti, eorum-

rumque quidam ex re certa, quidam simpliciter aut ex parte hæreditatis. Hoc casu placuit, solos hæredes fieri, qui simpliciter aut ex quota, uti loquuntur, scripti sunt, ex re singulari scriptos legatariorum loco esse, *l.* 13. *C. eod.* Cur verò tam variè? Nimirum ideo, quia ubi soli sunt instituti ex re certa, hìc si testamentum subsistere volumus, atque ex eo, quod utique testator voluit, deferri hæreditatem, necessario detrahenda est rei mentio, cùm hæc simul stare non possint, hæredem esse, hoc est, universi juris successorem, & rem tantùm obtinere singularem. At verò cùm concurrunt cum his alii rectè hæredes scripti vel indefinitè, vel ex certa parte hæreditatis, nulla necessitas cogit, ut mentionem rei, ex qua unus aut plures scripti sunt, detrahamus, cùm rem illam habere possint, tamquam ex legato, idque salva ratione juris & defuncti voluntate, quæ per cohæredes simpliciter vel ex parte scriptos sustinetur. Planè si hæredes universitatis defecerint, quod adire hæreditatem noluerint, aut ante mortui sint; tunc ex communi opinione Doctorum in *d.l.* 13. idem per omnia erit, ac si instituti ex re singulari ab initio soli fuissent: quamvis nonnulli hanc sententiam non aliter admittant, quàm si cohæredes defecerunt vivo adhuc testatore, quos sequitur Bachovius hìc, vid. Gomez 1. *resol.* 10. *num.* 13. Graff. §. *institutio q.* 22. *n.* 3.

TEXTUS.

De modis instituendi.

9. *Hæres & purè & sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest; veluti,* post quinquennium, quàm moriar; *vel, ex* Calendis illis, *vel* usque ad Calendas illas hæres esto. *Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, & perinde esse: ac si purè hæres institutus esset.*

NOTÆ.

9. *Sub conditione*) *V. C. Titius hæres esto, si Mæviam uxorem duxerit*) Hio institutio in pendenti est, & si quidem extiterit conditio, vires capit, ac conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac si purè facta esset institutio: si conditio defecerit, institutio evanescit, deferturque hæreditas ab intestato, *l.* 26. *de cond. inst.* fac. *l.* 8. *de per. & com. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.*

Ex certo tempore, &c.) Ratio est, quia regula, quæ vetat, eumdem in paganis testato & intestato decedere, etiam in spatio temporis locum habet, *l.* 41. *de test. mil. l.* 8. *C. eod.* ubi quod traditur, est ex prærogativa privilegii militaris. Cessat autem in conditione, cujus eventus retrotrahitur. Conditionem facit etiam dies incertus, *l.* 75. *de cond. & dem.*

Usque ad Calendas) Occurrit hic etiam specialis ratio, quia juri nostro non convenit temporalem hæredem habere, *l.* 7. §. 10. *de minor. l.* 88. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Captatoria institutio quæ veteribus dicta?*
2 *Suos hæredes omnes sub alia conditione institui non posse, quàm quæ in eorum sit potestate.*
3 *Diem certum institutioni appositum, sive ut terminum à quo, sive ut terminum ad quem, pro supervacuo haberi.*
4 *Cur dies certus institutioni adjectus ut terminus à quo non suspendat institutionem, similiter ut adjecta conditio.*
5 *Moribus hodiernis hujusmodi subtilitates insuper haberi.*
6 *In testamentis diem omnem incertum conditionem facere.*
7 *An si cui bonorum omnium usufructus legatus sit, & post mortem ejus alius hæres institutus, legatum valeat?*

HIc se nunc offert tituli hujus pars tertia, in qua tractatur de forma & modo hæredes instituendi, deque iis, quæ institutioni utiliter vel inutiliter adjiciuntur: sed non omnia quæ eo pertinent Imp. tangit, contentus, quæ præcipua sunt, de conditione & die adjectis quædam indicasse. Ante quorum explicationem monendi sumus, ad formam institutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, isque idoneis, ut ex iis liquere possit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, imperativis sive directis, an inflexis, nihil referat, *l.* 15. *C. de test. & ibi* DD. Deinde ita fieri debere, ut de persona hæredis certo constare possit, vel ex nomine, vel ex indubitabili signo: alioqui vitiari institutionem, *l.* 9. *in pr.* junct. §. *si quis.* 8. *& seq. in tempus.* 62. §. 1. *hoc tit. l.* 4. *c. eod.* Item inutilem esse institutionem, si testator non certo consilio hæredem scribat, aut quid alienum captet. Unde improbata veteribus tum institutio, quæ 1
in alienam voluntatem confertur, veluti si quis dixerit, *Quos Titius voluerit, hæredes sunto. l. illa institutio.* 42. *l. si quis.* 68. *cod.* tum captatoria, quæ fit captandæ alienæ hæreditatis

tis causa, cùm testator suam hæreditatem tamquam in hamo defert, ut allectet alienam: puta hoc modo, *Qua ex parte Titius me hæredem faciet, ex eadem mihi hæres esto*, *l. captatorias.* 70. *cum l. seq. eod. l. captatoriæ.* 64. *de legat.* 1. cujusmodi institutiones etiam in testamentis militum improbantur, *l.* 11. *C. de test. mil.* Hoc autem modo concepta institutio valet, *Qua ex parte Titius me hæredem fecit, ex eadem hæres esto.* Quoniam in præteritum collata est, neque ad captandum, sed ad remunerandum comparata, *l. illæ autem.* 71. *l. Clemens.* 81. §. 1. *hoc. tit.* Sed nec institutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, pro captatoriis habentur, *d. l. captatorias.* 70. *eod.* Valent itaque haud dubiæ & mutuæ conjugum institutiones, D. Tulden. *in c. de test. mil. n.* 9. ubi obiter refellit Jo. Dechkerum hanc sententiam oppugnantem *lib.* 1. *differt.* 7. De captatoria institutione eleganter Menoch. *consil.* 408. Ant. Fab. *c. suo de hær. inst. defin.* 11. post Cujac. 16. *obs.* 11. Duar. *c.* 3. *hoc tit.* Nunc accedamus ad explicationem textus. VINN. Sed reliquorum omnium industriam superavit Vir Illustris, Corn. van Bynkersh. *de captator. instit.* quæ dissertatio inter reliqua ejus opuscula habetur. HEIN.

Sub conditione institui potest.) Conditio est adjectio, qua in futurum eventum, quod dari aut fieri volumus, suspenditur: eaque vel possibilis est, vel impossibilis. Impossibilis inutiliter institutioni adjicitur, & pro non scripta habetur, de qua mox: possibilis utiliter, ut suspendatur interim institutio, atque existente conditione vires capiat, perindeque habeatur ac si purè facta esset: deficiente evanescat; & hæreditas deferatur ab intestato. Solius persona filiifam. excipitur, qui vetatur sub alia conditione hæres institui, quàm quæ in illius potestate sit, nisi sub contraria conditione exhæredetur, ne, si conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *l.* 4. 5. 6. *l. jam dubitari.* 86. *hoc tit. l.* 15. *l. ul-*
2 *tim. de cond. inst.* Tantumdem nunc dicendum de cæteris liberis, qui in potestate sunt & sui hæredes, postquam hi omnes filiofam. exæquati, §. 5. *sup. tit.* Falluntur ergo DD. qui putant, ita nunc jus esse, ut si suus hæres in incertum eventum institutus sit, institutio non vitietur, sed potestate juris detrahatur conditio usque ad portionem legitimam, quæ gravari prohibeatur ulla dispositione moram aliudve onus afferente, *per l. quoniam* 42. *C. de inoff. test.* Non enim animadvertunt, agi isto loco non de liberis institutis, sed exhæredatis, quibus aliquid pro legitima relictum sit. Nam Justinianus cùm in *l. omni modo.* 30. *& l. seq. C. eod.* jussisset cessare querelam inofficiosi, si quid liberis, omnino relictum esset, supplerique, si minus relictum, quod legitimæ deest, mutato veteri jure, quo querela non excludebatur; nisi aut tota legitima portio relicta esset, aut si minus, adjecta clausula, ut si quid deesset, id boni viri arbitratu repleretur, in *d. l. quoniam* 42. Quæ mox sequitur, superiores sanctiones temperat, easque sic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam consequantur, & sine ullo gravamine aut mora. Novissimè voluit & titulo institutionis legitimam relinqui, *Nov.* 115. *c.* 3. de quo plura *tit.* 18.

Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest) Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *Ex certo tempore, &c.* quibus verbis tacitè innuitur differentia temporis sive diei certi atque incerti, & quæ hìc traduntur, non ad utrumque, sed ad alterum tantummodo, certum scilicet, pertinere. Ita est. Dies aut est certus, aut incertus. De incerto illico videbimus. Certum dicimus: cùm certum est & venturum esse, & quando venturus sit. Hic dies bifariam institutioni forte apponi potest; vel ut terminus à quo, veluti, *Post quinquennium, quàm moriar hæres esto*, vel ut terminus ad quem, veluti, *Usque ad quinquennium hæres esto.* Neutro autem modo apponitur utiliter. Et hoc est, quod Imp. ait, hæredem ex certo 3
tempore vel ad certum tempus institui non posse, non quod adjectione diei in totum vitietur institutio, sed quod dies ut vitiosè adjectus rejiciatur & habeatur pro non scripto: ita enim se statum explicat, cum ait, diem adjectum pro supervacuo haberi, & perinde esse, ac si pure istitutio facta sit. Breviter Jurisconsultus, *l. hæreditas.* 34. *hoc tit.* *Hæreditas* inquit, *ex die* vel *ad diem non rectè datur, sed vitio temporis sublato, manet institutio.* Quod dies tollitur, benevolentiæ est, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non sublato subsistere nequeat institutio; ex regula, qua vetatur idem in paganis testato & intestato decedere, proposita & à nobis exposita §. *hæreditas.* 5. *sup. eod.* Neque enim ad portionem bonorum tantùm, verùm etiam ad temporis spatium ea regula pertinet, *l. miles ita* 41. *in pr. de test. mil.* Peculiaris quoquè ratio est, cum dies adjicitur tamquam terminus ad quem; quia juri nostro non convenit, temporalem hæredem habere, sed is, qui semel hæres extitit, semper hæres maneat necesse est, *l.* 7. §. *sed quod* 10. *de minoribus*, *l. ei qui*

88. *hoc*

88. *hoc tit.* De altero illo quæsierit aliquis, cur cum hæres ex certo die instituitur, non æquè placeat suspendi institutionem, & antequam dies veniat, nullum interim hæredem esse, ac cum quis instituitur sub conditione, & quid intersit, ita scribam, *Titius post quinquennium hæres esto*, an, *Titius hæres esto, si uxorem du-*
4 *xerit* ? Hoc interest. Conditionis ea est vis ac natura, ut actum omnem, cui adjicitur, jurisque effectum suspendat, ea deficiente nihil actum ut intelligatur, existente perinde habeatur, ac si ab initio res sine conditione gesta esset, *l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 11. §. 4. qui pot. in pign.* Proinde cum hæres sub conditione institutus est, in pendenti est tota dispositio testatoris, & siquidem defecerit conditio, nulla disposit'o facta intelligitur, statimque defertur hæreditas ab intestato; si extiterit, eventus ejus retrotrahitur ad tempus mortis, ut quod sub conditione dispositum est, purè dispositum intelligatur, *l. si pupillus 26. de cond. inst.* Dies verò certus diversæ naturæ est, primum in hoc, quod numquam suspendit vim aut effectum juris; tantùm ad hoc utiliter rei alicui, veluti legato aut stipulationi adjicitur, ut remoretur executionem, §. 2. *inf. de ref. de verb. obl. l. cedere diem. 213. de verb. sign. l. 17. de reg. jur. l. si dies. 21. quand. dies legat.* Quod si ergo hæres ex certo tempore institutus ante id tempus hæres esse impediatur, dies operabitur præter & contra suam naturam suspenso juris effectu, ideoque statim potius admittendus, præsertim cùm certum sit, diem exiturum esse, quod secus est in conditione. Ita post Jacob. de Aret. Bart. & Bald. disputat Gomez. 1. *resol. 2. n. 8.* Deinde & in eo differentia est, quod dies non ita, ut conditio, existens retrotrahi potest, hoc est, quod aditio post diem existentem facta non potest conjungi & continuari cum tempore mortis testatoris quam tamen continuationem jus requirit, *l. hæres. 54. de acq. hær. l. omnis. 138. de reg. jur.* nisi toto inter medio tempore subducto: nam si id tempus manere volumus, ut adjectum utiliter, jam non suspendimus institutionem, ut nullus interim hæres sit; sed causæ intestati interim locum facimus: quod juris ratio non patitur.
5 Nostri & Gallorum mores hujusmodi subtilitates aversantur: sed ubi receptum est, ut unicuique pro portione bonorum & testato & intestato decedere liceat, ita & ad tempus quisque hæredem facere potest, & ex certo tempore, ut aut post tempus, aut antequam dies veniat, intestati hæreditas deferatur; quod jure civili Romanorum solummodo ex privilegio obtinebat in testamentis militum; *l. 15. §. 4. l. miles. 41. in pr. de test. mil.* vid. notat. *sub. §. hæreditas. 5. sup. eod.* Hæc dicta sunto de die certo. Dies incertus, aut prorsus & simpliciter talis est, cùm scilicet neutrum horum apparet, nec an venturus sit, nec quando; veluti si ita testator dixerit, *Titius hæres esto, cùm consulatum inierit; cùm uxorem duxerit*, aut secundum quid, cùm alterutrum incertum est, & vel ignoratur, an venturus sit dumtaxat; veluti si ita scriptum sit, *Titius, cum erit annorum quatuordecim, hæres esto*: vel tantùm quando venturus sit, qualis est dies mortis cujusque. Et extat de die incerto gene- 6
ralis definitio Papiniani in hæc verba: *Dies incertus conditionem in testamento facit, l. dies 75. de cond. & dem.* Cujus definitionis hæc sententia est, ut conditio testamento adjecta non detrahitur, sed suspendit dispositionem, ita & dies incertus, atque ut existente demum conditione vires accipit dispositio, ita & existente demum die incerto. Et siquidem vel utrumque ignoretur, an dies venturus sit, & quando; vel etiam unum illud, an sit venturus; dubium non est, quin hujusmodi dies pro conditione sit, *l. si dies. 21. & l. seq. quand. dies leg.* At si certum sit, exiturum esse, ignoretur autem quando; hic referre puto, utrum dies appositus sit extraneo, an ipsi hæredi. Si extraneo, puta hoc modo, *Titius hæres esto, cùm Sempronius morietur*, diem pro conditione esse; quia fieri potest, ut hæres scriptus ante Sempronium moriatur; quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur, *Hæres meus, cùm morietur, Titio decem dato, l. 1. §. de cond. & dem. l. 4. in pr. quando dies leg.* Si verò ipsi hæredi adscriptus sit, veluti, *Titius, cùm morietur, hæres esto*, non puto conditionem facere: quia nec si legatario adscribatur, facit *d. l. 4. §. 1. l. hæres meus. 79. in pr. de cond. & dem.* & ideo institutioni adjectum quasi diem certum, qui vivente adhuc hærede omnimodo exiturus sit, detrahendum esse, institutionemque pro pura habendam: quæ & communis interpp. sententia est in *l. 9. C. hoc tit.* teste Gomez. 1. *resol. 2. n. 11.* Illud appertè falsum est, quod hoc loco scribit Bachovius, tale legatum, *Titio, cum morietur, decem do, lego*, conditionale esse, contra textus expressos, *in d. l. hæres meus. 5. 79. de cond. & dem. & in d. l. 4. §. 1. quan. dies leg. ced.* Singularis casus institutionis ex die incerto est, cùm quis instituitur in tempus capiendæ hæreditatis, *l. in tempus. 62. h. t.* qui tamen casus à doctioribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpli-

citer incapaces sunt, sed secundum quid; quales sunt orbi, cœlibes; quos proculdubio hæredes instituere licet, cùm liberos susceperint, cùm uxores duxerint. Angelo absurdum non videtur etiam deportatum sic institui, cum restitutus erit. Utique rectè idem Angelus responsum istud Jurisconsulti in *d. l. in tempus.* 62. sic temperandum existimat, ut locum habeat cùm incapacitas est ex parte instituti dumtaxat, non etiam simul ex parte testatoris: nam spurium hoc modo, *cum capere poterit*, à patre
7 institui non posse. De illo quæsitum est, si, verbi gratia, uxori bonorum omnium ususfructus legatus sit, & post mortem ejus Titius hæres institutus, an legatum valeat? multis visum est, tale legatum esse inutile, quoniam dies ususfructus legari non prius cedit, quàm hæreditas adita sit, *l. un. §. 2. quando dies ususfr. leg. ced. l. 2. & 3. quand. dies legat. l. un. §. libertatib. 6. C. de cad. toll.* in proposito autem hæreditas adiri nequit, quamdiu uxor vivit, eo quod dies incertus pro conditione est; potest confirmari legatum ususfructus adita post mortem uxoris hæreditate, quia ususfructus morte extinguitur. Pluribus tamen visum est valere, quibus assentior. Etenim in casu proposito institutio hæredis conditionalis non est, sed purè in proprietate facta ex mente testatoris intelligi debet; utpote qui legatum purè deberi voluit, nec credendus est elegisse viam, per quam dispositio ejus evertatur, contra *l. Gallus 29. §. 1. de lib. & post. l. 3. de test. mil.* Poterit itaque hæres institutus statim hæreditarem adire, eamque transmittere, quia mortis tempus adjectum non est ad infringendam institutionem, sed ne hæres interim turbet uxorem in usufructu. Quid si hæres institutus adire vivente uxore nolit? Posse eam in casu proposito de facto uti & frui Baldus respondit *in l. extraneum. 9. C. hoc tit.* Sed tutius est, ut judicis officium super hoc imploret, vide Covar. 2. *var. res. 2. num. 5.* Gail. 2. *obs.* 143. *n.* 2. Graff. §. *legatum. qu.* 23. *n.* 2. Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 4. tit. 5. n.* 21. Jo. del Castill. *tract. de usufr. c. 8. n. 23. & seq.* D. Jac. Coren. *consil.* 15.

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10. *Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, nec non in fideicommissis, & libertatibus, pro non scripta habetur.*

NOTÆ.

10. *Impossibilis conditio*) Cui similis, quæ quid continet, quod pugnat cum bonis legibus aut moribus, *l. 14. & seq. de cond. inst.* perplexa tamen, ἄπορος, vitiat institutionem *l. 16. eod.* VINN. Ast propriè conditio impossibilis conditio non est, quia actum non suspendit ab incerto eventu: immo potius eventus est certissimus. HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Conditionem ἄπορον, aut difficilem propter personæ cui apposita est, qualitatem, &c. pro impossibili non haberi.*
2 *Ultimas voluntates appositione conditionis impossibilis non vitiari; conventiones contra: & cur tam variè.*
3 *Dispositionem hujus §. auctore Grotio, non convenire moribus nostris.*
4 *Conditioni impossibili similem esse eam, quæ quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non scripta haberi in ultimis voluntatibus.*

IMpossibilis conditio est, definitore Justiniano, cui natura impedimenro est, quo minus existat; veluti, *Si digito cœlum tetigeris, §. si impossibilis. 11. infr. de inut. stip.* Sed & quæ facta natura, & per se possibilia sunt, possunt casu aut adjectione temporis fieri impossibilia; veluti, exigere pecuniam, monumentum faeere, Gadibus Romam pervenire, sunt δυνατά, at exigere pecuniam à se, monumentum post mortem testatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, ἀδύνατα. Sive autem per se conditio impossibilis sit, sive propter circumstantiam aliquam, hoc jure utimur, ut sub tali eonditione facta institutio non vitietur, sed evanescat conditio & pro non scripta habeatur, *l. 1. l. 6. l. mulier. 20. de cond. inst.* nisi forte conditio sit ἄπορος sive talis, quæ efficiat, ut 1
ipsa institutio impossibilis, aut potius perplexa, atque inexplicabilis sit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat: cujusmodi conditio institutionem vitiat, *l. si Titius. 16. de cond. inst.* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommisso, conditio impossibilis pro non scripta est. *l. 12. §. 1. l. ab omnibus. 104. §. 1. de legat. 1. l. 5. §. 4. quamd. dies leg.* generaliter enim quicquid in testatemento scriptum impossibile est, placet nullam vim habere. *leg. si Mævia. 45. hoc tit. l. 3. de condit. & dem.* Planè conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter personæ, eui apposita est, qualitatem aliamve causam videantur impossibilis; sed nisi conditioni pareatur, relictum in tes-

testamento non capitur. Finge libertatem servo relictam hac conditione, *Si hæredi millies dederit.* Hic non detrahetur conditio, sed inutilis erit datio libertatis ut responsum est à Paulo *l. 4. §. 1. de statu lib.* Idem juris est, si in tam longum tempus conditio collata sit, ut eo tempore, is cui libertas datur, vivere vix possit, veluti si servo quatuor annos nato libertas detur, cum erit annorum centum: de
2 quo vid. Franc. Amaya *lib. 2. obs. jur. cap. 11.* Alio autem jure utimur in stipulationibus & conventionibus: quippe quæ nullius momenti sunt, & in totum vitiantur apposita conditione impossibili, *§. si impossibilis 11. inst. de inut. stip. l. 7. de verb. obl. l. non solum 31. de obl. & act.* ubi etiam diversi juris indicatur ratio: nimirum quia manifestum est, eos, qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam sciant esse impossibilem, non esse hoc animo, ut se aut alios sibi obligent, sed jocari, ludere, omnino ea cogitatione esse, ut nihil egi existiment. At testatorem in ordinatione supremæ voluntatis, in re tam seria & cogitatione mortalitatis, serio agere & non ludere voluisse, quod in speciem impietatis cadit, credendum est, sed mendum potius ei excidisse, quod favore ultimæ voluntatis corrigitur, & tollitur à lege, ne id hæredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene recteque constituta evertantur, *arg. l. 2. de cond. instit.* D. Grotio vi-
3 detur, hanc interpretationem minus convenire moribus nostris: nam cùm in his regionibus omnem supremam dispositionem interpretamur secundum id, quod proprius vero est sensisse testatorem, nobis hujusmodi institutionem potius pro ridicula & nullam habendam esse, ut etiam ipsi Romani in cæteris causis id intellexerunt, dempta ultima volun-
4 tate. Impossibili conditioni similis est conditio turpis, quam interpretes vulgo ut speciem impossibili subjiciunt, & appellant impossibilem de jure. Ea est, quæ quid continet, quod pugnat cum pietate, bonis legibus, aut moribus. Nam ut bene & piè Papinianus noster in *l. filius 15. de cond. inst. Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse credendum est.* Et ideo etiam si quid ejusmodi testamento insertum sit, id perinde ac si quid impossibile adscriptum esset, placet pro non scripto haberi, *l. conditiones 14. de cond. inst.* veluti, *Si ab hostibus patrem suum non redemerit; Si parentibus patronove suo alimenta non præstiterit.* Paulus scribit hujusmodi conditiones remittendas esse, *l. 9. d. tit.* quod effectu juris eodem recidit: rapitur enim semper hæreditas legatumve perinde, ac si adjectæ non essent. Plane filius, qui in potestate est, sub tali conditione hæres scriptus, testamentum patris infirmat, ac si conditio non esset in ejus potestate, *d. l. 15. eod.* quod etiam ad cæteros suos hæredes nunc transferendum est per ea, quæ *sup. §. præc.* Pacta quoque & stipulationes turpi conditione apposita nullius momenti sunt, ut juris esse diximus, cùm his apponitur conditio impossibilis de facto, *l. generaliter 26. l. stipulatio 61. de verb. obl. l. 4. c. de inut. stip.*

TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

11. *Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt, siquidem conjunctim, ut puta,* si illud & illud factum fuerit, *omnibus parendum est: si separatim, veluti,* si illud, aut illud factum erit, *cuilibet conditioni obtemperare satis est.*

COMMENTARIUS.

Docent nos Dialectici, copulatæ orationis partes omnes veras esse oportere, si ea vera esse ponatur; totam autem falsam esse, si vel una pars falsa sit. Cui conveniens est, quod hìc scribit Justinianus, si plures conditiones conjunctim institutioni adscriptæ sint, omnibus parendum esse, ut scilicet verificetur tota enuntiatio, & institutio purificetur: quod & Paulus tradidit, *l. 5. de cond. inst.* & Scævola de stipulatione eodem modo concepta, *l. si quis 129. de verb. obl.* Ait, *omnibus parendum est.* Parere, obtemperare dicimur conditioni, quando eam implemus, & propriè hæc enuntiantur de ea conditione, quæ posita est in nostra potestate, quam quoties volumus, implere possumus, non numquam tamen & ad earum conditionum impletionem referuntur, quæ positæ sunt in eventu, ut *in l. 2. de cond. & dem.* Et sic quod hìc traditur, pluribus conditionibus conjunctim adscriptis, omnibus parendum esse, etiam ad plures conditiones, quæ ex casu pendent, copulatas pertinere, sciendum est, nec sufficere ad delationem hæreditatis, unam existere aut impleri, sed omnium impletionem expectandam: quippe cùm non minus in hanc speciem, quàm in præcedentem illam prædictum axioma Logicorum quadret, & utique ex æquo conveniat ratio Pauli in *d. l. 5. de cond. inst.* quod plures conditiones conjunctim scriptæ unius

unius loco habeantur; ideoque merito à reliquis interpretibus notatus est Accursius, quod putaverit, ex pluribus conditionibus casualibus conjunctim appositis sufficere extitisse unam; *arg. l. si plures 17. eod. tit.* quæ huc non pertinet, sed loquitur de pluribus institutionibus factis sub diversis conditionibus, repetita scilicet ejusdem institutione in diversa parte testamenti, D. Vigl. *hic.*

Si separatim, cuilibet, &c.) *D. l. 5. de cond. inst. d. l. si quis 129. de verb. obl* & ratio est, quia disjunctiva oratio unius partis veritate contenta est; unde regula juris Pontificii, *In alternativis sufficit alterum adimpleri, reg. 70. in 6.* Cujacius legit *cui libet*, voce divulsa, id est cui placet. Theoph. ᾧ ἂν βούληται. Illud addo, ex casu pendentes conditiones omnimodo impleri oportere: quæ autem in potestatem nostram conferuntur; etiam tunc pro impletis haberi, cùm per alium stat, quominus impleantur; veluti si quis ita institutus sit: *Si Sejam uxorem duxerit*, & ea nolit nubere, *l. 5. §. item si 5. quand. dies leg. l. jur. 24. de cond. & dem. l. in jure 161. de reg. jur.* & ibi doctissimè Pet. Fabr.

TEXTUS.

De his, quos numquam testator vidit.

12. *Ii, quos numquam testator vidit, hæredes institui possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans, qui essent, hæredes instituerit, ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.*

COMMENTARIUS.

1 *Moribus multorum locorum nunc ad substantiam testamenti hæredis institutionem non desiderari: quibusdam in locis ne locum quidem habere.*

Etiam qui nobis ignoti sunt, hæredes à nobis institui possunt, modo ne ex alio capite sint incapaces, puta quia peregrini, *l. extraneum 9. C. hoc tit. l. quidem 46. eod.* Poterat duplex hic esse dubitandi causa, tum quod certum esse debet consilium testatoris, certaque persona instituti, Ult. *tit. 22. §. 3.* tum quod eos fere hæredes instituere solemus, quorum merita affectionem nostram provocaverunt, *l. 9. pro soc.* Verùm enimverò ubi testatoris voluntas in personam aliquam certam destinata est, incertum ejus consilium incertave instituti persona dici nequit; licet circa accidentia personæ: puta nomen, faciem, incertitudo sit: & potest quis etiam erga ignotum ita affectus esse, ut optime ei velit, vel propter sanguinis necessitudinem, ut in exemplo proposito, vel propter famam virtutis eruditionisve.

Peregrinantes) Peregrini, non peregrinantes, hæredes institui vetantur, *l. 1. C. hoc tit.* Notissima autem est inter hæc duo differentia, peregrini enim civibus opponuntur. Jam verò Romani privato jure constituerunt, ne quisquam, qui civis non sit, jus capiendæ hæreditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc est, peregre degunt, extra patriam suam in peregrinis regionibus versantur, studiorum forte aut quæstus gratia, vel ut diversos hominum mores cognoscant, urbesve videant opulentas, cùm hi cives esse non desinant, nulla ratio est, cur non à suis domi hæredes institui possint, licet de facie testatori noti non sint. Cujacius legit *peregrinatos*, dictione divisa: quomodo in omnibus quoque libris manuscriptis legi testatur Hotomannus, quos quidem videre illi contigit; aitque, cum ista lectione consentire & Theophilum; quo tamen nomine reprehenditur à Bachovio, quasi lectori imponat, cùm etiam Theophilus habeat; ἐπὶ ξένης διάγοντα. Verùm si bona fide agit Bachovius, necesse est, valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cùm Theophilus non proponat fratrem ipsum ἐπὶ ξένης διάγοντα, hæredem institutum, sed liberos ex fratre, cùm peregre ageret, procreatos. Multorum locorum legibus aut mo- 1
ribus nunc ita comparatum est, ut hæredis institutio ad substantiam testamenti non videatur necessaria, quo sensu hodie testamenta appellamus: nam & id testamentum dicitur, in quo relictis tantùm legatis, nulla hæredis institutio facta est. Joan. del Castillo Sotomayor *tract. de usufr. c. 60.* Quin etiam secundum quarumdam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet hæredis institutio. Sic enim dictant leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Cortracensium, &c. quod tamen ita passim accipitur, ut si hæres institutus sit, pro legatario tantùm is habeatur. D. Gudelin. *lib. 2. de jur. Nov. c. 5.* D. Christin. *vol. decis. 247. num. 8. & decis. 305. num. 17. & seqq.*

TI-

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 6. *C. Lib.* 6. *Tit.* 25. *&* 26.

1 *Ratio ordinis, simul quam variè verbum substitutionis à nostris usurpetur?*

2 *Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam; ac utriusque speciei explicatio.*

3 *Nomine substitutionis simpliciter posito, intelligi directam: quæ & perfectius definitur.*

4 *Vulgatæ divisiones substitutionis notantur: ostenditurque, commodissime eam dividi in duo genera dumtaxat.*

5 *Summa eorum, quæ hoc tit. explicantur.*

1 POstquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad testamenta rectè ordinanda & hæredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus, disputaret, quibus modis testamenta rectè ab initio ordinata postea infirmentur. Cæterum cùm testatori permissum sit, non tantùm hæredem testamento instituere, sed etiam in locum deficientis hæredis instituti alios hæredes substituere, ut primo gradu deficiente saltem ex secundo hæredem testamentarium habeat; nonnunquam & cùm sibi fecit, simul alii testamentum & hæredem facere, hanc partem, quæ substitutiones continet, prius exequendam putavit. Quid in genere sit substitutio, vix commodè una generali definitione explicari potest: utuntur enim ea voce juris auctores non tantùm cùm loquuntur de institutione secundi hæredis, verùm etiam cùm de secunda datione legati, *l.* 6. *C. de legat.* item cùm agunt de fideicommissis tum hæreditatis tum rerum singularum, ut videre est *in l. cohæredi.* 41. §. 1. *hoc tit. de vulg. & pup. l. cum proponebatur.* 64. *l. cùm pater.* 77. §. *tec. l. Tit.* 1. 87. §. 2. *de legat.* 2. *l. hæredes.* 57. §. 1. *&* 2. *ad Sen. Trebel. l.* 14. *C. de fideic. l.* 6. *C. de intest. & subst.* Atque hinc vulgo substitutio dividitur in directam & fideicommissariam. Directa est, quæ
2 fit verbis directis & civilibus; vel hæredem hæredi substituendo, veluti, *Titius hæres esto*: *Si Titius hæres non erit, Sejus hæres esto*, vel legatarium legatario; veluti, *Titio fundum Cornelianum do, lego: Si Titius fundum, quem ei legavi, non ceperit, eundem fundum Sejo do, lego l. ut hæredibus.* 50. *de legat.* 2. Nam hæc quoque directa substitutio est, & ideo legatum agnoscente primo legatario evanescit, *l.* 6. *C. de legat.* Fideicommissaria est, quæ fit verbis precariis, cùm scilicet testator vel hæredem institutum rogat, ut hæreditatem partemve hæreditatis aut rem aliquam alteri restituat; vel legatarium, aut fideicommissarium, ut restituant, quod iis relictum est. Fideicommissariæ substitutionis mentio fit cum alibi, tum in locis istis omnibus, quos modo allegavi; directæ, directis & civilibus verbis factæ, *in l.* 7. *l.* 15. *hoc tit. l.* 5. *l.* 7. *C. de impub. & al. subst. l.* 14. *C. de fideicom.* §. *pen. inf. de codicill.* Neque tamen venditare velim hanc divisionem ut perfectam, acccipiatur saltem ut generis *κρὶς ἐν*, & eo pertineat, ut varium vocis usum, quem in jure habet, intelligamus. Illud equidem certum est, nomen substitutionis simpliciter positum in usu juris (sive propriè sive per excellentiam) solam denotare substitutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi substituitur; unde passim videmus, substitutionem opponi fideicommissis, *l.* 6. §. *Titius* 5. *ad sen. Treb. l. tutores* 39. §. 3. *de adm. tut. l. cùm pater* 77. §. *volo* 13. *de legat.* 2. cum similibus, quorum etiam tractatio proprium locum atque hinc satis longè remotum occupavit circa finem hujus libri; *in Pand. lib.* 36. cùm de substitutionibus agatur *lib.* 28. Igitur, quod ad propositum attinet, si quæratur, quid sit substitutio, ea sic licet definiatur: Substitutio est secundo vel ulteriore gradu facta institutio; vel brevius & simplicius, est secundi hæredis institutio, *l.* 1. *l. ex facto* 43. §. *Luc.* 2. *in fin. hoc tit.* Nam omnem substitutum veteres secundum hæredem vocant, licet longa serie substitutio facta sit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove scriptus reperiatur, habito scilicet respectu non ad ordinem scripturæ, sed successionis: & quia omnis substitutus collatus cum eo, cui substituitur, & ex cujus personæ relatione nomen substituti accipit, semper secundus est. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis institutio, quæ fit post primam & in locum primi hæredis deficientis rectè dicatur secunda, quemadmodum secundæ nuptiæ dicuntur, quæcumque contrahuntur post primas. VINN. Non usquequaque vera est hæc Vinnii observatio. Qui enim substituti substitutis, si subinde vocati hæredes tertii, quarti, quinti: non secundi. Hinc *tertiorum hæredum* meminit Sueton. in *Claud. cap.* 6. HEIN. Species substitutionis alii plures, alii pauciores 4
faciunt. Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam,

quam, & compendiosam. Exemplarem vocant substitutionem mente capti: breviloquam, quàm alii melius reciprocam, cùm hæredes instituti invicem substituuntur: compendiosam, quæ verborum hoccompendio, *Quandocumque decesserit*, comprehendit plures substitutionum species, plures casus & tempora: veluti si pater ad eum modum substituerit filio impuberi, continebitur hìc & vulgaris & pupillaris,& si forte filius mente captus sit,etiam exemplaris; postremo militaris quoque privilegiata, si miles sit, qui substituit, Gomez. 1. *resol.* 7. & 8. Graff. §. *substitutio. q.* 3. *q.* 51. & *multis seqq.* Sichard. *in l.* 8. *C. hoc tit.* Ant. Merend. 4. *cont.* 6. Duarenus autem ad hunc *t. cap.* & Soar. ad Gomez. 1. *resol.* 3. ponunt hasce quatuor, vulgarem, pupillarem, quasi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendiosa, ut modis substituendi, non speciebus substitutionis. Longè rectius nostro quidem judicio. Vigl. Mynf. Hotom. *hic.* Donel. 6. *com.* 23. duas dumtaxat species statuunt, vulgarem, & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes substituendi referunt, & species revocant. Etenim si genera substitutionum à casuum differentiis distinguenda sunt, plura poni non debent quàm duo; sicut nec plures sunt casus,in quos fit substitutio, quàm hi duo, unus, si institutus hæres non erit, qui casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis, alter, si hæres erit, qui secundus, & proprius pupillaris, *l.* 4. *l. Lucius* 25. *h. t. l.* 8. *C. eod.* potestque substitutio exemplaris, quam vocant, ἀναλογῶς referri ad pupillarem, & commodiore nomine appellari quasi pupillaris, de qua agitur §. 1. *tit. seq.* Compendiosa & reciproca diversas substituendi formulas denotant conceptas semper in primum vel secundum aut utrumque casum. Quod autem miles filio puberi vel etiam extraneo in secundum quoque casum directo substituere potest, abnorme atque ex privilegio est: neque ob id necesse est separatam speciem constituere. Cæterum nec hæc ipsa bipartita divisio alia est, quàm generis homonymi: quippe sola vulgaris substitutio propriè substitutio est; pupillaris non tam substitutio, quàm institutio prima, utpote per quam substitutus non testatori succedit & gradu secundo, sed pupillo & gradu primo tamquam ab ipso primo loco institutus. Ant. Merend. 4. *cont.* 6. *n.* 12. & 13. Obtinuit tamen, ut & hæc diceretur substitutio, quia secundo loco fieri debet post institutum patri hæredem, ut declarat Ulp. *l.* 2. *in fin. hoc tit.* sive quia substitutio impuberis pars est & sequela testamenti paterni, §. *liberis* 5. *tit. seq.* Hæc studiosis juris præmonstrare operæ duxi, ne doctorum scripta adeuntes in vestibulo hærerent, aut offenderent. Præsenti in titulo agitur de substitutione vulgari, paucis sanè & parcè pro materiæ amplitudine & subtilitate. Proponuntur primo formulæ sive modi aliquot vulgariter substituendi; post aliquid aspergitur de effectu, ut sciamus quas in partes, nullis substitutioni adscriptis, substituti vocati intelligantur, & quatenus extendenda substitutio. Dicitur vulgaris à vulgari & usitato substituendi modo, vel quia vulgo & promiscuè omnibus hæredibus à quovis testatore fieri potest. Quid ea sit jam pene cognitum habemus, mox autem certius intelligetur exposito casu & vi conditionis hujus substitutionis propriæ.

TEXTUS.

De pluribus gradibus hæredum.

Potest autem quis testamento suo plures gradus hæredum facere; ut puta, si ille hæres non erit, ille hæres esto. *Et deinceps in quantum velit testator, substituere potest: ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium hæredem instituere possit.*

NOTÆ.

Substitutione) Substitutio est secundi vel ulterioris hæredis institutio, *l.* 1. *hoc tit.* Est autem duplex, una vulgaris, quæ cuivis à quovis testatore fieri potest in hunc casum, si priore gradu institutus hæres non erit: altera pupillaris, quæ à parentibus fit liberis impuberibus, quos in potestate habent, in casum contrarium, si filius institutus hæres erit, & intra pubertatem decesserit: ad quam speciem ἀναλογῶς referri potest & illa mente capti, de qua §. 1. *tit. seq.* Fideicommissariæ substitutiones huc non pertinent; de quibus *inf. tit.* 23.

Novissimo loco in subsidium) Defunctorum interest, ut habeant successores, *l.* 6. *de interr. in jur. fac.*

COMMENTARIUS.

1 *Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi.*

2 *Gradus hæredum non ex scripturæ ordine, sed ex successionis serie, quam testator fecit, æstimari.*

3 *Conditionem hanc*, si hæres non erit, *continere & casum impotentiæ & voluntatis: &*

an

an uno horum expresso contineatur & alter?

4 *Conditionem, si hæres non erit, diversimodè accipi pro diversa qualitate hæredum & personæ instituti.*

5 *Suum hæredem, accepto vulgariter substituto, ex necessario fieri voluntarium, salva tamen qualitate sui hæredis.*

6 *Substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum impotentiæ, sed noluntatis & abstinentiæ.*

In testamento) Rectè *in testamento*, ut & Marcian. *l. potest* 36. *eod.* unde hæc descripta: nam in codicillis ut institui hæres non potest, ita nec substitui; siquidem & substitutio institutio est, & utroque modo hæreditas directò datur; quod in codicillis non licet, §. *pen. inf. de codicill. l. quod per manus* 10.
1 *de Jur. eod.* Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi hæredes legitimi rogati videantur, hæreditatem substituto restituere. Sententia communis & usu recepta non doctorum tantùm auctoritate, verùm etiam legum, *l. Scævola* 86. *ad Sen. Trebell. l. illud* 13. §. 1. *de Jur. eod. l. ult.* §. 1. *C. eod.* Atque hanc eandem etiam, cùm in contrarium multa disputasset, amplectitur D. Viglius, & pro axiomate quodam esse jubet, multarum quæstionum arbitro.

Plures gradus hæredum) Hoc est, plures hæredum ordines, ut alii scribantur primo, alii secundo, alii loco tertio, & ita deinceps, *l.* 2. §. *defertur* 4. *de bon. poss. sec. tab.* In qua di-
2 numeratione non scripturæ ordo, sed successionis spectari debet; ut ecce, in hac formula, *Titius hæres esto, si Sejus hæres non erit; Sejus hæres esto.* Sejus, qui ordine scripturæ secundus est, gradu & ordine delatæ hæreditatis est primus, Titius secundus, ac proinde substitutus, *l. si ita* 28. *de hær. inst. l.* 2. §. *pen. & ult. hoc tit.* Nec verò etiam cohæredis adjectio gradum facit, sed omnes cohæredes uno eodemque gradu habentur, & ideo simul ad successionem ex testamento admittuntur, quemadmodum ad successionem ab intestato vocantur omnes, qui eodem gradu cognationis sunt. Ubi autem gradus à testatore facti sunt, tum scripti impediuntur simul hæredes esse, *l. cum in testamento* 37. *de hær. inst.* nec substituto locus est, quamdiu admitti potest prior hæres institutus, *l.* 3. *l. quamdiu* 69. *de acq. hær.* idque omnino postulat ordo graduum pro affectu erga hæredes à testatore descriptus, apud quem ut priore amoris gradu institutos esse apparet, quàm substitutos, ita dubium non est, quin ad illos malit, quàm ad hos hæreditatem suam pervenire.

Si hæres non erit) Hic casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis propria. Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco; sed sæpe uno verbo substituendi significat, ut si testator ita dicat, *Titio Mævium substituo*, aut pluribus institutis ita, *eosque invicem substituo.* Casus autem iste, *Si hæres non erit*, generalis est, con- 3
tinens in se & casum noluntatis, ut loquuntur, *si hæres esse nolit*; & impotentiæ *si non poterit hæres esse*, *fac. l. si quis* 56. *solut. matr.* Uterque casus speciatim exprimitur *l.* 3. *C. de hær. inst.* Sub casu impotentiæ iterum sunt inferiores & veluti species infimæ, veluti, *si mortuus sit*, *si deportatus.* Quorum omnium cùm sit diversa ratio, non facile admittendum est, quod ex communi DD. sententia Gomez. 1. *var. resol.* 3. *n.* 10. refert & probat, uno casu speciali expresso, aut noluntatis dumtaxat, aut impotentiæ, alterum interpretatione supplendum esse; & perinde habendum, ac si uterque expressus esset: & manifestè obstat huic sententiæ *l.* 10. *de lib. & post.* Sanè non dixerim, eum, qui expresè & specialiter substitutus est in casum deportationis hæredis instituti, intelligi debere etiam substitutum in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casus mortis per interpretationem producitur ad casum deportationis & similium, mirum non est; quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, *l. Gallus* 29. §. *& quid* 5. *d. tit.* Idemque responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet casum primum seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterum seu pupillarem non expressum; & contra: nimirum sumptum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebimus *tit. seq.* quamquam non tam prudentum interpretatio hoc jus introduxit, quàm specialis constitutio D. Marci *l.* 4. *hoc tit.* add. Cujac. *ad d. l.* 10. *de lib. & post.* Duar. *c.* 9. 4
hoc tit. Porro conditio hæc, *Si hæres non erit*, pro diversa qualitate hæredum personæque instituti & ipsa diversimodè accipitur. In extraneo hærede, qui sui juris sit, hoc significat si neque sibi hæreditatem acquisierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejusdem qualitatis hærede, qui alieno juri subjectus est eodem sermone hoc significatur, si neque ipse hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit, §. *ult. inf. eod.* ubi hac de re latius atque ex professo. In suo hærede eadem formula hoc significat, si se pa-

paterna hæreditate abstinuerit, si cum effectu hæres non extiterit, eo quod se bonis paternis immiscere noluerit. Nam etsi suus hæres ipso jure hæres existit, & ideo non esse sine hærede dicitur; qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet, *l. cum quasi* 30. §. *sed & si* 10. *de fideicom. libert.* cujus rei notabilis effectus indicatur in specie *l. ult. de acq. hær.* tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum. *Si filius mihi hæres non erit*; ex voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur & approbat, non nuda ista existentia, sed immixtio filii cum aditione hæredis extranei comparanda est; alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posset: nam si nullo modo efficere filius potest, ut non sit hæres, frustra ei substitutus datur in eum casum, quo hæres non sit, quo proculdubio continetur etiam casus noluntatis. Ac dicendum omnino videtur suum hæredem, qui in vulgarem casum substitutum accepit, ex necessario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum necessitatem istam ut in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacitè remisisse intelligatur, dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod alias filius non habuisset nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum à patre, ac proinde ex jure civili; per *l. 12. de cond. inst. l. jam dubitari 86. de hær. inst.* Doctores vulgo contendunt, per vulgarem substitutionem in totum tolli jus suitatis, *arg. d. l. 12. & l. 16. de lib. & post.* Graff. §. *substitutio. quæst. 3. num. 3.* sed hoc nullo modo admitti potest; alioqui nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari pupillaris; & transmissio, quæ solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita; quæ omnia falsa sunt, priora duo manifeste, tertium *arg. l. un. §. 5. & §. cum autem 13. C. de cad. toll.* ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cùm desunt personæ, quæ hæreditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub *tit. C. de his qui ante ap. tab. hær. transm.* nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui hæredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti extendens ad personas d. lege Theodosii comprehensas. Et verò, quod omnino considerandum, in persona sui hæredis duæ hæ sunt qualitates diversæ, necessarium esse, & suum esse, quarum hac salva, aut saltem vulnerata tantùm, illa tolli potest, uti factum videmus edicto prætoris, quo manente suitate data est abstinendi potestas. Concludendum ergo, substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum & speciem impotentiæ, sed in casum noluntatis & abstinentiæ dumtaxat; utique si filius patri superstes fuerit: nam si vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui quasi agnascendo testamentum rumpant; dubium non est, quin substitutioni locus sit, Zas. *tract. subst. cap. 1. in quarto effectu.* Gomez. 1. *resol.* 3. *n.* 15. 16. & 24. Bachov. *in Treutl. vol. disp.* 11. *thes.* 7. Christin. *vol.* 5. *decis.* 16. *num.* 4. D. Jo. à Sande *lib.* 4. *tit.* 3. Illud quoque mihi planè persuadeo, abstinente filio suo hærede, substitutum hæredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hæreditatem adire posse ex vi formulæ, *Si filius mihi hæres non erit, Sempronius hæres esto*; quamvis hoc non placeat Anton. Fabro, qui substitutum non ipso jure hæredem fieri, sed à prætore tantùm ad bona admitti contendit, *decad.* 32. *err.* 7.

Novissimo loco servum necessarium) Qui omnino legitimas successiones impedire atque in omnem casum sibi vult prospicere, ne intestati exitum faciat; is poterit in defectum priorum servum suum postremo loco instituere hæredem necessarium, quòd illi quoque facere solent, quibus facultates suæ suspectæ sunt, ut auctionis infamiam, quam metuunt deficientibus voluntariis hæredibus, modis omnibus à se avertant, & quod in alios non potuerunt, in servos tandem transferant, §. 1. *insr. de hær. qual.* Quid si servus non loco novissimo, sed intermedio substitutus sit, aut ipsi primo instituto substitutus datus? Putarem contra Viglium cum Jo. Fabro, defendi posse, dominum videri servo remisisse adeundi necessitatem, dando ei substitutum in eum casum, quo hæres non esset, utique si substitutus hæreditatem adire paratus sit, *arg. l. 12. de cond. inst.*

Textus.

De numero hæredum in singulis gradibus.

1. *Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi, qui hæredes instituti sunt.*

Commentarius.

Complures sunt formæ substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi hæredes instituti. Prior species variatur quatuor modis;

dis; nam & singuli singulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus substitui potest. Secundus modus hoc loco, & apud Marcianum, *l. potest* 36. §. 1. *eod.* omissus est forte de industria, quia eadem illius quæ primi ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutis locus fiat, necesse esse, ut antea primo gradu instituti defecerint, quocumque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur; hoc enim perpetuo exigit natura & ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne in postremo quidem casu, ubi unus pluribus substitutus sit. Nam qui ita loquitur, *Octavius & Novius hæredes sunto, si non erunt, Decius esto.* is utique apertè significat, se velle, institutos & ambos & singulos substituto præferri, atque hanc non aliter admitti, quàm si neuter illorum hæres fuerit; quod ipsum disertè quoque traditum est *l.* 4. *C. de impub. & al. subst.* Quare vix est, ut credam, apud veteres juris auctores de eo dubitatum fuisse, quamvis id persuasum fuerit Justiniano, *l. pen. C. d. tit.*

Vel invicem ipsi) *L. cum testamento* 37. §. 1. *de hær. inst.* Hæc est substitutio, quam Modestinus reciprocam vocat, *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* Papinianus mutuam, *l. cum proponebatur* 64. *de legat.* 2. exemplum extat apud Suetonium *in Tiberio, c. ult.* Doctores vulgo appellant breviloquam vocabulo non satis rei convenienter; neque enim ex verborum brevitate æstimatur, sed ex reciprocatione formulæ, quam nihil prohibet longiore oratione concipere, ut fecit Theophilus, & notavit D. Viglius. Modus autem substituendi est, non species substitutionis, ut superius diximus, & pupillari quoque convenit; *d. l.* 4. §. 1. *hoc tit.*

Textus.

Quam partem singuli substituti accipiant, si partes in substitutione expressæ non sint.

2. *Et si ex disparibus partibus hæredes scriptos invicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit: & ita divus Pius rescripsit.*

Notæ.

2. *Ex disparibus partibus*) Species: *Octavius ex uncia hæres esto, Nonius ex besse, Decius ex quadrante; eosque invicem substituo.* Hic repudiante Decio, dividetur quadrans in novem partes, ex quibus octo feret Nonius, unam Octavius, *l.* 24. *eod.* Male exemplum posuit Theoph. in duobus hæredibus invicem substitutis: verum tamen est quod dicit, & male carpitur à Pac.

D. Pius rescripsit) *L.* 1. *Cod. eod.* congruunt *l.* 5. *& d. l.* 24. *D. eod.*

Commentarius.

1 *Hæredes ex imparibus partibus institutos, atque invicem simpliciter substitutos ex substitutione in partes hæreditarias vocatos intelligi: & quomodo hæc regula temperanda? num.* 2.

Pluribus hæredibus etiam ex certis partibus institutis, si unus simpliciter substitutus fuerit, hic illis deficientibus totum assem ex substitutione feret: si plures pluribus eodem modo substitutis, singuli ex partibus æqualibus hæredes erunt, licet inæquales adscriptæ sint institutis, quippe cum hic discerni non possit, quis cui substitutus sit. At si singuli singulis, tum eam quisque partem habebit, quæ adscripta primo, cui substitutus est. Dubium quoque non habet, si testator hæredes institutos mutuo substituens in substitutione easdem partes nominatim servari voluit, quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione fecit, quin voluntas servanda sit. Sed hoc quæsitum est in substitutione reciproca, si testator hæredes ex imparibus partibus institutos invicem simpliciter substituerit, hoc est, nullarum in substitutione partium mentione facta, utrum in partes viriles, an in hæreditarias ex substitutione vocati intelligi debeant. Et D. Pius voluntatem testatoris in hac substitutione sic interpretatus est, ut videatur testator eos vocasse 1
in portiones hæreditarias, hoc est, ex iisdem partibus substituisse, ex quibus instituti sunt, *l.* 5. *l. si plures* 24. *hoc tit. l.* 1. *C. eod. & hoc text.* Optima sanè ratione: neque enim verisimile est, testatorem pluris eos fecisse in gradu secundo, quàm in primo; cùm substitueret, quàm cùm institueret: ut proinde partes, quæ in institutione expressæ sunt, repetitæ videri debeant in substitutione; qua eadem ratione etiam legata ab institutis relicta à substitutis repetita esse intelliguntur, *l. licet Imp.* 74. *de legat.* 1. & clausula quoque sive conditio in institutione apposita in substitutione repetita, utique si eadem sit, aut par utrobique ratio, *arg. l.* 14. *de legat.* 1. *l.* 1. *C. de impub. & al. sub.* Ant. Fab. *C. suo tit.* 7. *defin.* 3. Christin. *vol.* 4. *decis.* 13. *n.* 7.

Invicem substituerit) In duobus hæredibus invicem substitutis huic quæstioni locus esse non potest: siquidem uno ex duobus deficiente, alterum semper, quod reliquum est habere oportet, & in solidum hæredem fieri. Sed minimum tres institutos, eosque invicem substitutos ponamus necesse est, verbi causa, uti Ulpianus speciem proponit, *d. l. 24. hoc tit.* si unus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante sit institutus, repudiante tertio in novem partes dividetur quadrans, feretque octo partes, qui ex besse institutus est, unam partem, qui scriptus ex uncia. Manifestum igitur est, male omnino Theophilum hunc locum interpreratum esse, dum in duobus institutis invicemque substitutis exemplum posuit.

Quas in institutione expressit) Ulp. *d. l. 24.* hoc sic temperat, *nisi alia mens fuerit testatoris.*
2 Quibus verbis interpretes denotari & excipi putant etiam casum quo non simpliciter & tribus verbis omnes invicem substituuntur, aut quidem sub appellatione hæredum alicui ex cohæredibus, puta hoc modo, *Si Titius hæres non erit, quisquis erit; ex parte quoque Titii esto*, aut, *Cæteri, quos primo loco scripsi, sunto*: sed repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo, *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante hæredes sunto. Si Titius hæres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii hæredes sunto.* Hic secundum communem sententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc est æquales non hæreditarias partes habebunt: idque ex non obscura voluntate testatoris, qui in substitutione propria cujuscumque nomina repetens, jam non ad partes in institutione datas, sed ad personas & numerum substitutorum substitutionem retulisse dicendus sit, *arg. l. nonnumquam. 25. ad sen. Treb. l. si hæredes. 124. de legat. 1. l. si communis. 37. de stip. serv.* Atque hanc sententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori suo D. Francisco Curtio, cui ea displicebat, propterea quod Jurisconsultus in *d. l. 24. hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expressam, respondet, expressionem propriorum nominum ex interpretatione prudenrum vim expressæ voluntatis in hujusmodi quæstionibus habere. Idem probandum est, si testator æquale onus substitutis imposuit, per *l. quotiens 23. ad sen. Treb. Gloss. in l. 1. C. de imp. & al. subst.* Gomez. 1. *res. 5. n.* 20. D. Tulden. *comm. hic cap.* 2. Christin. *vol. 4. dec. 13. n. 7.*

TEXTUS.

Si cohæredi substituto alius substituatur.

3. *Sed si instituto hæredi, cohærede substituto dato, alius ei substitutus fuerit, Divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramque partem substitutum admitti.*

NOTÆ.

3. *Sed si instituto hæredi*) Species: *Primus & Secundus hæredes sunto: Si P. hæres non erit. S. hæres esto: si S. hæres non erit, Tertius hæres esto.* Verius est, in utramque partem hic Tertium substitutum esse, *l. 27. l. 41. eod.* ex quo jure hæc regula fiat: *Substitutus substituto intelligatur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione) Id est sine distinctione mortis & scripturæ, ut nihil intersit, prior substitutus post institutum, an ante decesserit; nihil quoque utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea hoc modo: *Primus & Sec. hæredes sunto: si S. hæres non erit, Tertius hæres esto. Si P. hæres non erit, S. hæres esto, l. 41. pr. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *An in specie hic proposita utraque pars defecta jure substitutionis ad sec. substitutum pertineat?*
2 *Scævola cum Papiniano conciliatus.*

Si paterfamilias Titio & Mævio hæredibus institutis, Titium Mævio sine reciprocatione substituerit, & Titio Sempronium, certum est, deficientis Titii partem non accrescere Mævio cohæredi Titii, sed ad Sempronium jure substitutionis pertinere: quippe cùm verba illa, *Si Titius hæres non erit*, generalia sint, & utrumque casum complectantur sive hæres non erit ex institurione, sive non erit ex substitutione. Cæterum hæc species huc non pertinet. Et male Hotomannus tali exemplo usus est ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantùm quæritur de parte ejus, qui cohæredi suo substitutus alium substiturum accepit, sed etiam de parre cohæredis, cui ille alius expressè substitutus non est, & nimirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tanrùm substitutum jure substitutionis pertineat. Quod hic affirmatur, & in *l. si Titius. 27. l. cohæredi. 41. in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat: *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione ad utramque partem) Si scili-

cet

cet neuter hæres extiterit. Videamus primum
de partibus : deinde explicabimus, quid illud
sit, quod ait, sine distinctione. De partibus
dubitari poterat, non an ambæ ad substitutum
pertineant, sed an pertineant jure substitutio-
1 nis tamquam ad substitutum utrique. Nam si,
verbi causa, Mævius, cui Titius cohæres &
substitutus datus est, ante Titium defecerit,
Sempronius Titio substitutus deficiente dein-
de Titio, ad utramque quidem partem sine
dubio admittitur, sed ideo ad partem quo-
que Mævii dixerit aliquis, non quod huic
quoque substitutus intelligatur ; sed quia vel
deficientis Mævii pars Titio cohæredi, cui
Sempronius substitutus jam prius accrevit, vel
quia nunc ipsi accrescit Sempronio. Verum
prius illud nullo modo dici potest, quia defi-
cientium portiones non accrescunt aliis, quàm
qui ex sua parte hæredes extiterunt, *l. un.* §.
his ita. 10. *C. de cad. toll.* unde portio portio-
ni accrescere dicitur instar alluvionis, *l. si Ti-
tio.* 33. *in fin. de usufruct.* Quod si Titium
hæredem extitisse ponimus, expiravit substi-
tutio, *l.* 5. *C. de impub. & al. subst.* Posterius
teste Viglio visum est nonnullis veterum in-
terpretum, ut Dyno, Jo. Fabro, atque ex
recentioribus Lancelloto Polito, qui, etsi
dicatur Sempronius in utramque partem in
specie proposita substitutus, neutiquam ta-
men dici posse contendit, revera substitutum
esse Mævio. Sed merito DD. communiter,
quos & Viglius sequitur, hoc improbant.
Quæ enim potest esse dubitandi ratio, si dica-
mus, partem Mævii accrescere Sempronio,
cui etiam accresceret, etsi Titius Mævio subs-
titutus non esset ? Et igitur aut frustra & inep-
tè talis casus proponitur, quo Titius cohære-
di substitutus est, aut hoc operabitur substitu-
tio Titii, ut Titio substitutus etiam ei, cui
Titius substitutus est, tacitè substitutus esse in-
telligi debeat. Atque hoc ipsum satis apertè
docet hoc loco Justinianus, cum ait, substi-
tutum ad utramque partem admitti ; admitti
videlicet eodem jure atque ex substitutione, de
qua sola hic disputatur, & quia, ut disertè ait
Jurisconsultus in *d. l.* 27. *hoc tit.* in utramque
partem substitutus intelligitur. Sed quid re-
fert, ex substitutione an jure accrescendi di-
camus portionem etiam Mævii Sempronio
deferri ? Nihil quidem admodum in casu pro-
posito. Sed finge, præter Titium & Mævium,
Cajum quoque hæredem institutum, hìc jam
Sempronio proderit, jure substitutionis, de-
ferri portionem Mævii, ut excludat Cajum,
quem non excluderet in jure accrescendi.
Illud non animadverto, quomodo huc appli-
cari possit, quod præterea Bachovius notat,
jus accrescendi sequi hæredem ejus, qui por-
tionem suam agnovit, quamtumvis ante de-
cesserit, quàm ipsi quicquam accresceret; subs-
titutionem autem ad hæredem non trans-
mitti *l.* 9. *de suis & leg. l. totiens.* 81. *de acq.
hær.* Quid autem illud est, quod ait Imp. *sine* 2
distinctione admitti ? Nimirum hoc explican-
dum ex responso Papiani, *l. cohæredi.* 41. *in
pr. hoc tit.* Primum nihil interesse ratione or-
dinis scripturæ, utrum ante primam substitu-
tionem secunda facta sit, an postea, veluti
in hoc exemplo, *Titius & Mævius hæredes sun-
to* : *si Titius non erit, Sempronius esto* ; *Si Mæ-
vius non erit, Titius esto*, Secundo nihil inter-
esse utrum prior substitutus post institutum,
an ante decesserit. Sed hic Papiniano objici-
tur Scævola, *l. qui habebat.* 47. *eod.* Species,
quam ibi Scævola proponit, est hujusmodi ;
qui filium & filiam impuberes habebat, insti-
tuto filio hærede filiam exhæredavit, & si fi-
lius intra pubertatem decessisset, filiam eidem
substituit : filia, si antequam nuberet, deces-
sisset, uxorem suam, item sororem. Et res-
pondet, si filia impubes prior decesserit, dein-
de frater ejus impubes, hæreditatem filii ad
uxorem & sororem testatoris jure substitutio-
nis non pertinere. Accursius, quem bona pars
DD. sequitur, ait, Scævolam sic respondisse,
quia in casu illic proposito secunda substitu-
tio jam extincta erat pubertate filiæ ; sic enim
ille locum legit : *cùm filia pubes prior decesserit*.
Et quia sciebat, apud alios legi *impubes*, (quo-
modo textus quoque Pisanus & Noricus ha-
bent) notat, *olim impubes, nunc pubes.* Sed in
tali casu non debebat Jurisconsultus distingue-
re, cùm nec si post institutum substitutus jam
pubes & hæres factus decesserit, ex secunda
substitutione quisquam admitti possit. Bacho-
vius putat in pupillari substitutione diversum
jus esse, aut saltem in specie, *d. l.* 47. ubi
pupillo non cohæres substituitur, sed filia ex-
hæredata, eamdem voluntatis interpretatio-
nem non admitti, ut scilicet substituti subs-
titutæ videantur etiam substituti instituto.
Atque idem adhuc dicendum videtur favo-
re pupilli, ad cujus utilitatem pertinere cre-
ditur, ut substitutum habeat, *l. Julianus.* 42.
de acq. hær. Deinde si in pupillari substitutio-
ne alio jure utebantur, cur non simpliciter
Jurisconsultus respondet, hæreditatem insti-
tuti jure substitutionis ex secunda substitutio-
ne non deferri ? Nisi compositorum socordiæ
adscribendum, quod responsum Scævolæ in
Pandectas retulerint, cùm rescripto Impp.
Severi & Antonini distinctio illa, qua Scævo-

la

la utitur, sublata esset, mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hæreditatis, Scævolam respondisse de duabus hæreditatibus, ad quas rescriptum istud temere producendum non sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat, utrum prior substitutus ante, an post institutum decesserit.

TEXTUS.

SI quis servo, qui liber existimabatur, instituto substitutus fuerit.

4. *Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus hæredem scripserit; & si hæres non esset, Mævium ei substituerit; isque servus jussu domini adierit hæreditatem, Mævius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba*, Si hæres non erit, *in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, accipiuntur*: Si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem effecerit: *in eo verò, quem patrem familias arbitratur, illud significant*, si hæreditatem sibi, vel ei, cujus juri postea subjectus esse cœperit, non acquisierit. *Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi constituit.*

NOTÆ.

In partem admittitur) Th. τὸ ἥμισυ λαμβάνει, rectè, pars enim ἁπλῶς posita dimidiam significat, *l.* 43. *de usuf. l.* 164. §. 1. *de verb. sign.* In specie *d. l.* 40. Sempronius cohæres servo substitutus fuit: & ideo unum semissem Sempronius habet ex institutione, alter semis inter eum & dominum servi instituti dividitur: add. quæ ibi not. Gothofr.

Subjectum esse testator scit) Et hoc casu in totum excluderetur substitutus, *l.* 7. *de acq. hær.* sed in proposito propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris, media via electa est, ut alias sæpe.

Tiberius Cæsar) Ponpon. *l.* 41. *de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1 *Si filius fam. hæres institutus sit, eique, si hæres non esset, substitutus datus, utrum repudiante filio, pater, an substitutus admittendus?*

2 *Pleræque aliæ quæstiones, quæ hic tractari solitæ, obiter excussæ & definitæ.*

3 *Utrum in casu hic proposito inter dominum instituti & substitutum hæreditas ex æquo dividenda, an sic, ut ille dodrantem, hic quadrantem dumtaxat ferat?*

IN explicatione pr. hujus tit. diximus, hæc verba, *Si hæres non erit*, in persona patris famil. significare, si nec ipse hæres erit, nec alium hæredem mutata postea conditione fecerit. In eo, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse hæres non erit, vel ei, cujus juri subjectus est, hæreditatem non acquisierit. Et igitur si paterfam. hæres institutus in eum casum substitutum accepit, *Si hæres non erit*, isque vel in eodem statu manens sibi hæreditatem acquisierit, vel mutata ante testatoris mortem conditione, servus aut filiusfam. factus, dominum aut patrem hæredem fecerit, in solidum excludetur substitutus. Similiter si servus aut filiusfam. hæredes instituti & in casum, quo hæredes non erunt, substitutum acceperint, & aut ipsi mutata conditione ante mortem testatoris sibi hæreditatem acquisierint, aut in eo statu manentes dominum aut patrem hæredes fecerint, substitutus itidem in totum repellitur, *l. si paterfam.* 40. *de hær. inst. l.* 7. *de acq. hær. l.* 5. *C. de imp. & al. subst. & hoc text.* Cæterum hoc ita, si testator non ignorabat, eum, quem hæredem instituit, in aliena esse potestate: nam si patremfam. esse putabat, qui servus alienus erat, hic propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris media via electa est, ut *substitutus* cum domino servi in partem admittatur, *d. l.* 40. *& seq. de hær. inst. & hoc.* §. Nam ex ratione juris dominus solus admittendus videbatur, cùm magis sequendum id, quod in veritate est, quàm quod in opinione. Pro substituto autem facit præsumpta voluntas testatoris, qui non videtur domino consulere voluisse eum hæredem instituens, quem ignorabat dominum habere. Quæsitum est, si filiusfam. hæres institutus, eique hac conditione, si hæres non foret, substitutus datus sit, utrum repudiante filio, pater, an substitutus admittendus. Duarenus *in comm. ad hunc tit. c.* 10. *pro* patre respondet: Viglius *ad hunc* §. pro substituto. Ego cum Viglio censeo, substitutum patri præferendum, quippe cùm ille ex manifesto judicio testatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio, existit conditio substitutionis, quæ in extraneo hærede instituto, qui alieno juri subjectus est, hunc sensum habet, si neque ipse hæres erit, neque eum, cujus in potestate est, hæredem fecerit, quorum neutrum fit in proposito, *l.* 1. *C. de hær. inst.* Ad hæc si cohæres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus? Constat enim, jus substitutionis potentius esse jure accrescendi, *l.* 2. §. *si duo.* 8. *de* 1

8. *de bon. poss. sec. tab.* In contrarium movetur Duarenus his rationibus. Primum quia Justinianus, *l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* filio repudiante, jus adeundi patri concedit, perinde ac si ipse institutus esset. Sed respondemus, constitutionem istam ut exorbitantem cancellis suis continendam, neque extendendam esse in præjudicium ejus, qui venit ex testatoris expresso judicio, substituti videlicet: quem utique magis testator dilexit, quàm patrem, cujus contemplatione institutio facta non præsumitur, sed amore filii dumtaxat. Conservare quodammodo voluntatem defuncti voluit Justinianus, non evertere; & vulgatum est, provisionem hominis facere, ut cesset provisio legis; adeoque non dubito, quin etsi cohæres filio pater datus esset, nihilominus tamen, filio repudiante, à substituto excluderetur, *d. l.* 2. §. *si duo.* 8. *sec. tab.* Aliud argumentum ducit Duar. á conditione substitutionis, quam putat non minus repudiante, quàm adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione sua patrem hæredem faciat, *arg. d. l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* junct. *d. l. si paterfam.* 40. *de hær. inst.* & *hoc nostro* §. Verùm in hoc manifestè errat: nam etsi per occasionem repudiationis filii pater hoc consequitur, ut ipse hæreditatem filio delatam adire possit; non tamen hoc consequitur per filium, sed beneficio legis, quod cessare debet, ubi testator ipse alium hæredem sufficit. Per filium ergo, qui repudiavit, pater hæres non fit, sed sua ipsius aditione, ex persona propria vi constitutionis Justinianæ, quæ eum habet pro instituto, ubi scilicet alius a testatore non vocatur: nam voluntatem testatoris modis omnibus sartam ac tectam leges omnes conservant. Non aliter autem dominus aut pater per servum aut filium hæredes existere possunt, aut hi illos hæredes facere, quàm adeundo: repudiando autem nequaquam, *l.* 7. *de acq. hær. l.* 3. *C. de hær. inst.* & *hoc text.* & alioqui etiam quivis hæres institutus hæreditatem recusans adire dici posset eos, qui ab intestato veniunt hæres facere, & cohæres cohæredem, atque ita fieret, ut fere semper excluderetur substitutus contra manifestam voluntatem testatoris. Nec movere debet quod Ulpian. respondet, filium repudiando patri non nocere, *l.* 13. §. 3. *de acq. hær.* Hoc enim non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum hæredem fieri; sed repudiationem filii non obstare, quominus filius jubente postea patre adhuc adeat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus. Si pater & filius una eademque persona censentur, *l. ult. C. de imp.* & *al. subst.* nihil referre debet, utrum filius ipse hæres institutus, an pater hæreditatem adeat. Sed non animadvertit, hoc argumentum in se retorqueri posse, hoc modo: Si pater & filius una persona censentur, filio per repudiationem ab hæreditate remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verùm hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in testamentis totum faciunt, *l. ex facto.* 35. §. *rerum.* 3. *de hær. inst.* Ita cum Viglio sentiunt, & Salic. *in d. l. ult. C. de bon. quæ lib.* Polit. *de vulg. subst.* Fachin. 4. *cont.* 63. Ant. Fab. *decis.* 33. *err.* 7. Don. 6. *comm.* 24. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. *thes.* 7. dissentiunt cum Duareno Bart. *in l.* 1. *hoc tit.* Glos. Cyn. Cast. *in d. l. ult.* Merend. 4. *cent.* 8. Grass. §. *substitutio. q.* 9. *num.* 4. Solent & aliæ quæstiones hoc loco agitari; quas 2 obiter excutiemus, nam instituti ratio non patitur, ut singula exequamur accuratè. Prima est, utrum indigno aliquo hærede instituto, eique substituto dato in casum, quo hæres non erit, fiscus potior sit, an substitutus, hoc est, utrum in proposito fiscus hæreditatem indigno auferat, an locus fit substituto? Ego cum Duar. *d. cap.* 10. & DD. comm. Grass. *d. qu.* 9. *n.* 8. pro fisco contra substitutum responderem, per *text. in l. cum quidam.* 12. & *jus regulare t. tit. de his quæ ut indign.* neque pœna instituti hæredis debet esse præmium substituti, ut generaliter definit Papinian. *l. si sequens.* 15. *de Senat. Silan.* Non idem juris est in institutione planè incapacis, puta deportati, nam talis institutio cùm pro non scripta habeatur. *l.* 1. *C. de hær. inst.* testamentum à substitutione exordium capiet, *arg. l.* 3. §. *ult. de lib.* & *post.* Alia quæstio est, uter præferendus, substitutusne, an is, in quem extra causam substitutionis hæreditas non adita transmittitur. Jure veteri sui hæredes potestate nudæ existentiæ hæreditatem transmittebant in hæredes quoscumque, *l.* 3. *C. de jur. del. l.* 8. *C. de suis* & *leg. hær.* Ex constitutione Theodosii liberi omnes delatam sibi à parentibus hæreditatem transmittunt ad descendentes suos, *l. un. C. de his qui ant. apert. tab.* Est item & tertium genus trāsmissariorum, in quos non hæreditas, sed jus deliberandi transfertur ex lege Justiniani *l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jur. del.* Pro triplici ergo hac transmissariorum differentia primo quæritur, si suus hæres, qui in casum, quo hæres non foret, substitutum accepit, antequam se bonis parentis immiscuisset aut abstinuisset, mortuus sit, utrum vi solius existentiæ hæredi-

ta-

tatem transmittat ad successores suos, an admittendus potius substitutus. Et communis quidem sententia est, substitutum admittendum excluso transmissario sive hærede instituti, quoniam substitutio vulgaris perimat jus suitatis. Sed hoc perspicuè falsum est, ut ostendimus *sup. in not. sub fin. pr. eod.* ubi plenissimè probavimus, jus suitatis in proposito salvum manere, licet necessitas remissa intelligatur, neque substitutionem vulgarem in suo hærede operari in casum impotentiæ, sed abstinentiæ dumtaxat. Insignis verò error est Jo. Deckheri *lib.* 1. *Differt.* 14. *n.* 43. asserentis, ideo per vulgarem substitutionem tolli transmissionem, quæ ex jure suitatis est, quia suus hæres institutus non aliter ex testamento hæres fit, quàm si se immisceat. Notissimi enim juris est, suos hæredes tam ex testamento, quàm ab intestato statim atque ipso jure hæredes existere, §. 2. *inf. de hær. qual. l.* 1. §. *qui sunt* 7. *si quis omiss. ca. test. l.* 3. *C. de jur. delib.* vid. Ant. Fab. *dec.* 34. *err.* 4. Secundo, utrum substitutio potior, an transmissio ex constitutione Theodosii, *d. l. unic. C. de his qui ant. ap. tab.* Hic item pro transmissario contra substitutum responderem per *l. unic.* §. *cum autem* 13. *C. de cad. toll.* ubi jus transmittendi, quod ante sui hæredes soli & simpliciter habebant, etiam in casu substitutionis Justinianus disertè extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas. Duar. *d. c.* 10. Ant. Fab. *d. err.* 4. estque hæc sententia etiam communiter recepta. Graff. *d. quæst.* 9. *num.* 3. neque Jo. Deckerus, *ubi supr.* quicquam affert, quod me in contrarium trahat. Tertio, utrum transmissio juris deliberandi ex lege Justiniani *d. l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jur. del.* excludat substitutionem, an hæc illam. Hic ego pro substituto responderem contra transmissarium Justinianeum, cum Salic. *in d. leg.* 19. Ant. Rip. *in l.* 1. *hoc tit.* Zas. *tract. subst. cap.* 2. *in tertio effect. ver. tertia species.* Polit. *de vulg. subst. num.* 92. & *seqq.* Anton. Fab. *d. decis. err.* 5. Deckher. *d. differt. num.* 44. neque enim nova & exorbitans constitutio facile extendi debet cum injuria tertii, qui pro se habet & provisionem hominis & simul voluntatem legis; potestque locus Justiniani *d. l. unic.* §. 1. junct. §. *cum autem* 13. *C. de cad. toll.* qui in contrarium adducitur, commodè referri & restringi ad duas priores species transmissionis, ut propriè verba Imperatoris accipiantur, & de his solis, qui ipsam hæreditatem transmittunt. Diff. *hic.* Duar. *d. c.* 10. & DD. comm. Gomez. 1. *res.* 3. *num.* 25. Graff. *d. quæst.* 9. *num.* 3. Christin. *vol.* 4. *dec.* 17. *num.* 2. Fachin. 4. *cont.* 62. Postremo quæritur, quid juris sit, si institutus beneficio ætatis contra aditionem restitutus sit. Quæstio hæc omnium est difficillima. Sententia communis est, convalescere substitutionem, *arg. l. ex contractu* 44. *de re jud. l.* 1. §. *antepen. l.* 2. §. *si bonorum* 10. *ad senat. Tertyll.* Gloss. Salyc. Cyn. & alii *in l.* 5. *C. de impub.* & *al. subst.* & hanc sequuntur Anton. Fab. 3. *conject.* 4. Don. 6. *com.* 24. Sed contraria de jure verior videtur, *per d. l.* 5. & textus perspicuos *in leg. ult. de success. edict. l.* 7. §. *sed quod Papinian.* 10. & *ibi* Cujac. & Paul. Bus. *de minoribus.* Neque temere beneficium restitutionis extra personam minoris in alterius favorem porrigi debet. Zas. *tract. subst. cap.* 1. *vers. secundo limitate.* Duar. *d. cap.* 10. Ant. Merend. 4. *controv.* 9. Bachov. *in Treutl. volum.* 2. *disput.* 11. *thes.* 7. Perez. *ad tit. C. de imp.* & *aliis subst. num.* 7. Utrum autem excluso substituto hæreditas ad legitimum successorem pertineat, quod placet Duar. Bachov. & Merendæ an fisco locus fiat, quod Cujacio, Busio, in medio relinquimus. Nunc ad institutum redeamus.

Mævius in partem admittitur) Non exprimir in quotam: & ita qnoque simpliciter scriptum est in *l.* & *hoc* 41. *de hær. inst.* hæreditatem dividi inter dominum instituti & substitutum. Sed utrum ex æquo, ut dimidiam partem hæreditatis dominus, dimidiam item substitutus ferat, an ut ille dodrantem, hic quadrantem dumtaxat, ut Gloss. & DD. communiter voluerunt? Non ambigo, quin ex æqno. Quo modo hnnc locum & Theophilus interpretatus est. Et interpretandum esse vel hoc unum argumento esse debet, quod partis nomen, nisi quid aliud adjiciatur, semper dimidiam significet, *l. nomen* 164. §. 1. *de verb. sign. l. etiam* 45. *de usuf.* Et rogo, in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferuntur, quam rationem vel in speciem habere potest inæqualis ista distributio? Quinimmo si partes inæquales faciendæ, substituto potius favendum erat, cui & verba & voluntas testatoris suffragantur, quàm domino, qui mera tantùm ratione juris nititur, & de quo testator cogitare non potuit, cum eum institueret, quem ingenuum putabat. Obstat tamen huic sententiæ *d. l. si paterfam.* 40. *de hær. inst.* ubi Julianus in hac ipsa specie aliam partitionem facit, & duos vult semisses fieri, ita ut alter semis inter dominum & substitutum æquis portionibus dividatur; cumque de altero semisse nihil definiat, eum domino plerique assignaverunt. D. Cujacius existimat, pro *alter semis*, ut in extremo *d. l.* 40 legitur,

le-

legendum *ai*, mendumque natum ex errore notarum. Alciatus 1. *disput.* 2. scribit, se in veteri exemplari ita legisse *in pr. d. l. eique, si hæres non esset, Sempronium cohæredem substituerit.* Quam lectionem verba in calce ejusdem responsi posita mirè juvant. Ait enim Julianus: *Igitur in hoc casu duo semisses fient.* Cur, ait, *in hoc casu*, nisi ut significet, se talem casum proposuisse, cui conveniret hæc divisio? nempe quando servo, qui liber putabatur, cohæres substitutus est, in aliis autem non idem juris esse. Igitur in casu à Juliano proposito de uno semisse ambigi non poterat; quippe quem Sempronius ex institutione accipit, non dominus servi: de altero poterat; & hunc, Julianus ait, dividi oportere inter dominum servi & Sempronium. Et merito, quia in hunc tantùm semissem erat substitutus. Atque ita nunc cordatiores omnes sentiunt, quorum pars emendationem Cujacii, pars Alciati lectionem probant, aut quod ipse addit, intelligunt, in re ipsa consentientes. Planè si manifestè appareat, testatorem per eum, quem opinionis errore liberum esse credens hæredem instituit, ad alium quemquam hæreditatem pertinere noluisse, conditio substitutionis extitit, & soli defertur hæreditas substituto, *l.* 5. *C. de hær. inst.* Vinn. Cui non dictus Hylas? Me tamen nec cum Cujacio nec cum Alciato facere fateor. Rem paucis dicam. In illa *l.* 40. *ff. de hær. inst.* manifesto sunt duæ species. Prior hæc est: Paterfamilias instituerat Titium servum, quem ingenuum putaverat, eique substituerat Sempronium. Titio jussu domini adeunte, quærebatur, an Sempronius esset in partem admittendus? & respondit Julianus: *Potest dici, Sempronium in partem hæreditatis* (puta dimidiam, quæ quota non expressa ordinariè intelligitur, *l.* 164. §. 1. *ff. de V. S. l.* 43. *ff. de usufr.*) *admitti*. Addita ratione, pergit Julianus: *Quæ adjectio ad EOS pertinet? qui patresfamilias hæredes scripti, postea in servitutem deducti fuerint. Igitur* IN HOC CASU *semisses fient, ita ut alter* SEMIS *inter eum, qui dominus instituti hæredis fuerit, & substitutum æquis portionibus dividatur.* Et hæc manifesto est altera species. Paterfamilias instituerat Titium, nunc ingenuum, sed postea deductum in servitutem, substituto ei Mævio. Quærebatur, Titio jussu domini adeunte, an & hic substitutus in partem admittendus sit? Respondit, admittendum: sed non in dimidiam, sed in quadrantem. Domini enim Titii ideo hic melior videbatur conditio, quod non, ceu in priore casu, testator circa hæredis statum erraverat. Simile quid in mentem venit Marco Lyklamæ in *Membranis*, & Osvv. Hilligero in *Donnel. enucleat.* De Parthenio, & utrum is Tiberii an Titi servus fuerit, elegans, & erudita est διάσκεψις in Gundlingianis *Tom.* 6. *part.* 30. *art.* 3. *p.* 445. *sequ.* Hein.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

D. Lib. 28. *Tit.* 6. *C. Lib.* 6. *Tit.* 26.

Unde hæc substitutio dicatur pupillaris, & quo adspectu substitutio. Simul argumentum tituli.

Sequitur directæ substitutionis species altera, quæ à subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis, non ut prior illa promiscuè quibusvis. Etsi autem is demum pupillus dicitur, qui cùm impubes sit, in potestate patris esse desiit, *l. pupillus* 139. *de verb. sign.* tamen quia vis omnis testamenti, & substitutionis confertur in mortem testatoris, id est, in id tempus, quo filius pupillus futurus est, rectè hoc respectu pupillaris vocatus. Prior illa vulgaris, ut bene observavit D. Viglius, verè substitutio est, sive secunda institutio, qua testator in casum, quo primo gradu institutus hæres futurus non est, alium sibi hæredem facit; ac proinde per quam succeditur ipsi testatori. Hæc autem non tam substitutio est, quàm institutio prima: quippe per quam non ei, qui testamentum fecit, & gradu secundo succeditur, sed pupillo, cui testamentum factum est, & gradu primo, perinde ac si ipse pupillus sibi hæredem fecisset. Quod evidentius apparet in substitutione exhæredati. Quamobrem merito Hotomannus à Bachovio notatur, quod ille inverso modo vulgarem substitutionem magis institutionem, pupillarem autem propriè censet esse substitutionem. Cur verò, cùm pupillaris propriè substitutio non sit, eo tamen nomine

ne à veteribus appelletur, dixi præcedente titulo, nempe sic appellatur ex comparatione hæredis paterni, eo quod pater sibi prius, deinde secundo loco filio hæredem instituere debet, & non testamento filii incipere, *l. 2. in fin. hoc tit.* Porro substitutio pupillaris, ut genus πρὸς τι, dividi potest in propriam seu veram, & quasi, seu exemplarem. Utraque fit in eum casum, quo institutus hæres erit; propria fit liberis impuberibus, si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur; quasi, seu exemplaris fit mente captis, si hæredes extiterint & decesserint in eadem mentis alienatione. Summa eorum quæ hoc tit. traduntur, hæc est. In principio docetur, qui quibus pupillariter, & qua forma substituant? quis hujus rei effectus? & unde illud manarit? Inde agitur de substitutione quasi pupillari, sive mente capti: & mox effectus pupillaris substitutionis repetitur: dein parentibus formidolosis tuta monstratur substituendi ratio. Hinc jam amplius, quibus pupillariter substitui possit, declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma: ac postremò sequuntur contraria.

TEXTUS.

Forma, effectus, origo, & ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solùm ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres: sed eo amplius, ut si hæredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint; sit eis aliquis hæres: veluti si quis dicat hoc modo: Titius filius hæres mihi esto. Et si filius mihi hæres non erit; sive hæres erit, & prius moriatur; quàm in suam tutelam venerit, *id est, antequam pubes factus sit*: tunc Sejus hæres esto. *Quo casu, siquidem non exteterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres: si vero extiterit hæres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus. Nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

NOTÆ.

Quos in potestate) Et ideo nec mater liberis suis, nec pater filio emancipato pupillariter substituere potest, *l. 2. hoc tit.* Sed nec avus nepoti ex filio, quem in potestate habet, nisi ex formula legis Vellejæ; *Si filius me vivo suus hæres esse desierit, &c. d. l. 2.* Oportet autem & testamenti & mortis tempore impuberem in familia esse, *l. 41. §. 2. eod.*

Veluti si quis) Formula gemellæ substitutionis. Verùm ex D. Marci constitutione substitutio simplex aut vulgaris aut pupillaris, id est, quæ alterutro casu expresso sit, in utrumque casum facta intelligitur, *l. 4. hoc tit.* fac. *l. 2. & l. 4. C. eod.* Olim de expressa pupillari, an vulgarem tacite contineret, quæsitum in Curiano judicio, de quo Cic. multis locis, & Quintil. 7. *c.* 7.

Sive hæres erit, &c.) Hæc est conditio substitutionis pupillaris, & casus secundus dicitur.

Si non extiterit) Quod etiam tunc accidere intelligendum est, cum impubes patri superstes hæreditate paterna abstinet: ne nudum nomen hæredis noceat substituto, *arg. l. 67. pr. de rit. nupt. l. 68. de l. 1.* Non rectè igitur Theoph. *hic.*

Si extiterit hæres) Hic casus propter utilitatem pupilli extitisse intelligitur, etiamsi bonis paternis se abstineat, *l. 12. h. t. l. 42. de acq. hær. l. 28. de reb. auct. jud.* & hoc est, quod vulgo Interpp. dicunt, nudæ sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares, fac. *l. 44. de re jud. l. 41. de acq. hær.*

Ipsi filio fit hæres) Non tantùm in *bonis,* quæ à patre obvenerunt, sed etiam quæ aliunde, *l. 10. §. 5. h. t.* exclusis filiis legitimis hæredibus, & ipsa etiam matre, *l. 8. §. de inof. test. c. 1. x. de testam. in 6.*

Moribus institutum) Ita & Ulp. *l. 2. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Neque patrem liberis emancipatis pupillariter substituere posse, neque matrem liberis omnino.*

2 *Nepoti, licet in potestate consistuto, quem pater antecedit, pupillariter substitui non posse, nisi ex formula legis Vellejæ.*

3 *Utrum, ut valeat substitutio pupillaris, necesse sit, liberos in potestate esse, & cùm fit substitutio, & cùm pater moritur; an satis sit, tales esse tempore mortis?*

4 *Exponitur locus Ulpiani* in l. 2. in fin. pr. hoc tit.

5 *Vulgari casu expresso, etiam pupillarem contineri, nisi voluntas testatoris apertè refragetur.*

6 *An ex converso, expresso casu pupillaris, contineatur & vulgaris?*

7 *Responsum Javoleni expositum* in l. paterf. 28. de reb. auct. jud.

8 *Quando accidat, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi formulæ vulgaris admittatur?*

Quan-

9 *Quando intelligatur pupillus patri hæres extitisse hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem, hæres ei fiat pupillariter substitutus?*
10 *Per substitutionem pupillarem excludi hæredes omnes legitimos, etiam matrem.*
11 *Excludi matrem à substituto pupillari etiam quoad legitimam.*
12 *Ostenditur idem juris esse & in pupillari tacita, cum refutatione objectorum.*
13 *Cui pupillo expedire visum sit, testamentarium à patre hæredem accipere?*

Liberis impuberibus) *L.* 2. *in pr. eod.* puberibus in tantùm non licet, ut etiamsi ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur, §. *pen. inf. eod.* Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permissum sit, in fine hujus §. dicetur.

1 *In potestate*) Etenim patriæ hoc datum potestati est: & ideo pater filio emancipato ita substituere non potest, *d. l.* 2. *in pr.* multoque minus mater liberis suis. Nam quod in specie *l. si mater* 33. *eod.* pupillares tabullæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minimè concludendum est, posse & matrem liberis impuberibus pupillariter substituere. Proponitur enim mater filio impuberi substitutionem fecisse non in casum secundum, si hæres erit, sed in primum, si hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris substitutio est. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primum ratione objecti, quia substitutio facta filio, dum adhuc esset in ætate pupillari: deinde quia substitutio confertur in mortem impuberis, & in ea specie effectum quodammodo substitutionis pupillaris habet, saltem quod attinet ad bona matris, ut rectè monet, atque hoc Africani responsum temperat Cujac. 2. *ad African.* Consilium hoc prudentum fuit, à quibus excogitata quoque est cautio & velut ratio quædam, qua cum vi & effectu pupillaris substitutionis etiam filio emancipato substituatur. *l. cum ex filio* 39. *hoc tit.* add. Duar. *ad hunc tit. cap.* 14. Non satis autem est, liberos in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatoris gradum obtineant, hoc est, sui hæredes sint testatori: nam si, verbi causa, pater
2 nepotem antecedat, non poterit avus hic nepoti pupillariter substituere, quia post mortem avi recasurus est in potestatem patris sui, *d. l.* 2. *in pr.* quo fit, ut jam non propter ætatem, aut quia impubes, testamentum facere non possit, aut hæredem ex testamento habere: sed quia filiusfam. cui nec puberi testamenti faciendi jus est, & de cujus successione jure veteri omnino quæri non potuit. Planè ex formula legis Vellejæ etiam nepotibus, quos pater præcedit, substitui potest, *d. l.* 2. *in pr.* ut sic avus testetur: *Filius hæres esto. Si filius me vivo suus hæres esse desierit, tum qui mihi ex eo nepos est, hæres esto. Si nepos hæres erit, & intra pubertatem decedat, Sejus hæres esto.* Quæ nepotis institutio fit ex secundo cap. legis Vellejæ, *l. Gallus* 29. §. *sequenti* 13. *de lib. & post.* De illo quæritur, utrum, ut substitutio pu- 3
pillaris valeat, necesse sit liberos in potestate esse utroque tempore, & quo fit substitutio, & quo pater moritur, an verò tales esse sufficiat saltem tempore mortis? Accurs. Bart. *in d. l.* 2. & vulgo Interpp. Graff. §. *substitutio, quæst.* 23. *num.* 5. sufficere credunt, qualitatem illam adesse tempore mortis. Doctissimi Jurisconsulti superioris ævi, Polit. Zas. Govean. *in d. l.* 2. Vigl. *hic, num.* 7. Covar. *in cap.* Raynut. *de testam.* §. 5. *num.* 2. Duar. *comm. ad hunc tit. cap.* 14. Don. 6. *comm.* 25. contra, utrumque tempus spectandum contendunt, tam id, quo fit substitutio, quàm quo testator moritur; quibus assentior. Nam & verba juris de hac substitutione constituti conferuntur in tempus præsens substitutionis, & cùm qualitas aliqua requiritur ad constitutionem alicujus actus, ea inesse debet eo tempore, quo actus geritur, *l. si alienum* 49. §. 1. *de hær. inst.* §. *in extraneis* 4. *infr. de hær. qual.* tritumque est, quod ab initio non consistit, ex post facto non posse convalescere. Accedit præterea textus satis clarus in *l. cohæredi* 41. §. *hoc tit.* Verba sunt: *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.* Quibus verbis Jurisconsultus apertè significat, præter tempus mortis aliud quoque esse, quo oporteat impuberes esse in familia; hoc autem tempus non aliud intelligi potest aut debet, quàm id, quo fit substitutio. Pro contrariæ sententiæ firmamento adducitur *d. l.* 2. *in fin. pr.* ubi sic Ulpian. scribit. *Sed si extraneum quis hæredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, aut adrogaverit, filio præcedente.* Ex hoc loco Accurs. & Bart. probari putant, satis esse ad pupillarem substitutionem, si vel tempore mortis tantùm in potestate reperiatur, cui substitutio facta est. Mihi verò contrarium hoc ipso loco non obscurè significare Ulpian. videtur, nempe prius oportere extraneum nepotis loco adoptari, quàm substitutio fiat; ait enim, *poterit ei substituere, si eum in locum nepotis adoptaverit.* Ut autem locus 4
planius intelligatur, licebit paulo altius rem re-

repetere. Docuerat Jurisconsultus, quemadmodum nepotibus, quos patres præcedunt, tuto in primum casum substitui posset, hoc est, ita substitui, ut non evanesceret substitutio: nimirum eos vel institui oportere vel exhæredari, ne in locum suorum hæredum succedentes, (quo uno casu effectum habet substitutio,) præteriti rumpant testamentum, & per consequens extinguatur pupillaris substitutio. Institui autem oporrere ex consilio & formula legis Vellejæ: aliter institutum haberi pro præterito. Mox subjicit, extraneum ex formula legis Vellejæ institui nihil necesse esse, vulgarique saltem modo institutum & succedentem postea in locum sui hæredis non rupturum testamenrum. Quæ est sententia *l. filio. 23. §. 1. de lib. & post.* ac proinde extraneo impuberi hæredi vulgariter substituto, & postea in locum nepotis quasi ex filio adoptato, rectè, (potest enim & ex intervallo hoc fieri, *l. si quis. 16. §. 1. hoc tit.*) substitui: eam quippe institutionem sufficere, ne successione, quasi præteritus, rumpat, cùm si post adoptionem institutio facta sit, non aliter ea valear, quàm si facta fuerit ex formula legis Vellejæ: sive enim nepos, quem pater antecedit, naturalis sit, sive adoptivus, semper ex præscripto legis Vellejæ institui debet, alioqui præteritus censetur. Qua de re abunde dictum in exegesi *§. 2. sup. de exhær. lib.* Cùm igitur hic quærarur de eo, qui extraneus sit, non tempore substitutionis, sed institutionis; tantum abest ut hic locus confirmet contrariam sententiam, ut eam etiam refellat. Non possunt ergo non mirari Bachovium, qui hanc explicationem, quæ tam apertè & verbis & menti Jurisconsulti ac rationi juris per omnia convenit, divinatoriam appellat. Illa, quæ ipse pro tuenda communi sententia affert, nihil aliud esse, quàm meras divinationes, facile quivis animadvertere poterit.

Veluti si quis, &c.) Formula mixtæ & gemellæ substitutionis, quæ à Modestino duplex dicitur, quia utrumque casum complectitur, & substitutionis vulgaris & pupillaris, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Atque olim quidem, ut credibile est, qui sibi & liberis suis in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Jurisconsultorum disjunctiva hac formula usi fuerunt; vel quia ex plurium sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum, vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Impp. Marci & Severi constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur, *l. 4. in pr. eod.* Primum igitur, quod 5
positum est extra omnem controversiam, vulgari casu expresso continebitur etiam pupillaris; veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat, *Si filius hæres non erit, Titius esto.* Hic enim placet, Titium etiam in hunc alterum casum *& si filius hæres erit, & impubes decesserit.* tacitè substitutum videri *d. l. 4. in pr.* nisi voluntas testatoris apertè refragetur, *l. 4. C. eod.* Et enim quod pupillaris substitutio hìc quoque admittitur, id fit ex sola conjectura voluntatis, quæ hinc ducitur, quod credibile sit, eum, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si, filius non esset, voluisse quoque eumdem esse hæredem filio, si filius hæres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quàm impuberi filio; cui etiam utile esse creditur, hæredem à patre accipere, *l. Julianus. 42. de acq. hær.* In voluntate autem testatoris manifestè contraria hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casum substitutus est, minimè intelligi debet substitutus quoque esse in *casum* secundum contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expresè in secundum casum substirutum dedit, *§. 3. inf. eod.* aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum substitui non potest; quod cùm fit, palam est, testatorem in eum dumtaxat casum substitutionem fecisse, quo utrique hæredum substitui poterat, *d. l. 4. §. 2. l. Lucius. 45. hoc tit. d. l. 4. C. eod.* Porro etiam vice versa 6
expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Cæterum hic nobis litem movent Polit. *de subst. pupill. quæst. 8. n. 39.* Vigl. *hic. n. 19.* Ant. Fab. *dec. 32. err. 9. & 10.* pauci (quamquam nonnullos alios Viglius laudat) sed magni viri. Hi multis in contrarium disputant, ac seriò contendunt, in substitutione pupillari expressa vel vulgarem tacitè numquam contineri. Nos quidem numero interpp. nobiscum sentienrium longè superiores sumus, sed hoc parum est, nisi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipsis constiturionis Impp. Marci & Severi relatis à Modestino *d. l. 4. in pr.* quæ hæc sunt: *cùm pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque, &c.* Non ait Jurisconsultus, *cum pater in primum*

mum casum, quomodo Impp. loqui debuerant, si tantùm in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent, sed *cùm in alterum casum*, hoc est, unum ex duobus sine ulla distinctione, primus an secundus rantùm expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis quæstionem hanc proponentis & decidentis in *d. l.* 8. §. 2. Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque hærede instituto, puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes hæres existeret, & intra pubertatem moreretur, ait Jurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresse impuberi substituat, hoc apparet eum facere propterea quod in specie mutuæ substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillari, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum dumtaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantùm, hoc est, in pupillarem videri debeat impuberi substituisse. At hujusmodi quæstioni post D. Marci constitutionem locus non est, cùm non uterque alteri in casus diversos, sed uni dumtaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, sive solùm in primum, sive solùm in secuudum casum. Denique à ratione non magis alienum est, hanc inducere voluntatis conjecturam, quod substitutus in secundum casum videatur etiam substitutus in primum, quam quod in primum substitutus intelligitur quoque substitutus esse in secundum, immo fortior voluntatis conjectura pro illo, quàm pro hoc, quod etiam D. Christin. *vol.* 4. *decis.* 15. *n.* 4. notat. Nam cùm pater filium hæredem instituit, quem etiam sperat sibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus est, consecuturum, eum, quem filio hæredi facto substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est, patrem voluisse etiam filio hærede non existente, sibi hæredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tanto major in hoc casu, quàm in superiore, quanto magis apparet, testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filiiquoque bona, si quæ postea obvenerit, habere voluit, quàm eum, quem expresse sibi tantùm hæredem fecit. Ex quo vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum, qui contra sentiunt; nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, nisi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* Quo tamen loco longè aliam quæstionem Jurisconsultus tractat; nimirum an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris se hæreditate abstinuit, actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere & creditoribus ejus respondere teneatur; an verò hæreditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligit Faber, substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinente, hæreditatem patris adire non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris, nec legitimos hæredes abstinente pupillo posse patris hæreditatem cernere. Et quidni præsupponendum esse dici possit, in quæstione à Javoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifeste damnosam hæreditatem, utcumque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi, quod ad istam quæstionem attinet, idem sensisse videtur Javolenus quod successor ejus Julianus, cujus sententia ut pupilli utilitatem impugnans notatur à Marcello & Ulpian. *l. Julianus.* 42. *de acq. hær.* Agitata fuit quæstio nostra jam olim in judicio centum virali inter hæredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilian. *lib.* 7. *inst. orat. c.* 7. meminerunt. Coponius posthumum hæredem instituerat, eique, si antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium hæredem substituerat. Cùm posthumus natus non esset, exorta de hæreditate controversia est inter hæredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius defendit, legitimis hæredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumo, si posthumus impubes moreretur; jam verò posthumum ne natum quidem esse, ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iisdem argumentis, quibus nos usi sumus, probavit Centumviris, M. Curium nihilominus ex substitutione hæredem esse oportere. Quod judicium, ut communem sententiam vindicat ab illis, quas Vigl. & Fabr. proferunt, absurditatibus, ita ipsum, cùm res adhuc dubia maneret, propter auctoritatem, ut credibile est Q. Mucii constitutione Impp. Marci & Severi confirmàtum est. Planè in substitutione exhæredato facta eamdem interpretationem non esse admittendam facile concedam.

Quam

Quam in suam tutelam venerit.) Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem significabant, hoc est, eam, quæ tutorum potestati subjecta est: nam pubertate tutela finitur; & post eam ætatem adolescens suæ tutelæ esse incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio regatur. Utitur hac loquendi formula M. Tullius, cum alibi sæpe, tum *lib. 1. de Orat. & lib. 2. de invent.* Nostri passim, Javolen. *l. cum ex filio 39. hoc tit.* Nerat. *l. pater filio. 54. de hær. instit.* Julian. *l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab.* Paul. *l. si filiæ fam. 51. de legat. 3.* Prætor in edicto suo *l. 5. §. 2. quib. ex caus. in possess.*

Si quidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres.) Quando ergo accidit, ut pupillus hæres non exiſtat, & substitutus vi vulgaris formulæ patri hæres fiat? An tunc solùm, cùm pupillum ante patrem defungi contingit, an verò etiam tunc, cùm patri superstes, paterna hæreditate abstinet? Et Theophilus quidem scribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc solùm substitutum venire, & patri hæredem fieri, cùm filius, vivo adhuc patre, mortuus est. Ego verò censeo, etiam tunc cùm impubes patri supervixit, & expresſè bonis paternis se abstinuit, posse substitutum defendere ex substitutione patris hæreditatem sibi delatam, conditionemque hanc, *Si hæres non erit* ex mente testatoris explicandam, ut ea extitisse intelligatur, non cùm quis nudo nomine tenus, sed re ipsa & cum effectu hæres factus est. Sic Jurisconsulti in *l. non solum. 67. de rit. nupt. l. si post. 68. de legat. 1.* apertè negant, filium, qui se abstinuit, hæredem extitisse. Nam licet etiam is, qui se abstinuit, jure civili pro adhuc hærede habeatur, unde dicitur non esse sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet, *l. cùm quasi. 30. §. sed & si 10. de fideicomm. lib.* atque hæc res etiam sua habeat effecta: *l. 12. hoc tit. l. filius. 41. cum l. seq. l. ult. de acq. hær. l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poss.* tamen in proposito nudum nomen hæredis sive nudam illam existentiam considerare non oportet: alioqui nullo modo vulgariter suo hæredi substitui posset. Et cùm, ut docuimus initio *tit. præc.* conditio ista, *Si hæres non erit*, etiam casum voluntatis contineat, & consequenter tamquam conditio potestativa necessitatem tollens filium hac in re ad instar redigat hæredis voluntarii per *l. 4. in pr. l. jam dubitari. 86. de hæred. instit. l. 12. de cond. inst.* ut jam pro concessa sibi à patre potestate suo arbitrio velle aut nolle possit, & citra beneficium prætoris jure civili se abstinere; sane in casu nostro hæreditas pro acquisita neutiquam haberi debet. Rep. quæ notavimus ad *d. princ. præc. tit.*

Si verò extiterit hæres filius) Videamus item quando filius patris hæres extitisse intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo, hæres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius decesserit post immixtionem, substitutum admitti, hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit, si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione aut abstentione. Verùm illud bellissimè quæritur, an etiam filio, qui expresſe abstinuit, intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda hæredis sui existentia confirmetur tabulæ patris & pupilli? Dixeris enim, nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi: quem si admittimus, nudæ existentiæ tribnimus vim aditionis: cui consequens hoc absurdum est, suo hæredi frustra in vulgarem casum substitui, cùm vulgaris substitutio adita hæreditate expiret. Ad hæc cùm dicamus, in substitutione vulgari verba hæc, *Si filius hæres non erit*, ex mente substituentis patris sic accipienda esse, si immiſcere se paternæ hæreditatis noluerit, etiam ex contrario quæ sunt pupillari substitutionis *Si filius hæres erit*, sic accipi oportebit, si bonis patris se immiscuerit: utrobique immixtio, non nuda existentia cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Julianum relatum est, si duo fuerint à patre instituti cum filio impubere, eidemque substituti, necesse esse ad tabulas patris confirmandas unum ex iis hæreditatem patris adire, *l. 11. §. 1. ad Sen. Treb.* Cæterum quominus ita statuamus, impeditur textu expresso *l. 12. hoc tit.* item his locis, *l. Julianus. 42. de acq. hæred. l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poss.* ubi disputant Jurisconsulti, an pupillo, qui abstinuit bonis patris, mortuo substituto concedi debeat separatio bonorum patris & filii, ut ex substitutione pupilli tantùm hæreditatem adeat. Stultè & ineptè, si substitutus abstinente pupillo nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergo omnino est, etiam in casu præsenti, cùm pupillus abstinuit, ex substitutione pnpillari hæreditatem deferri substituto, nudæque sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam perspicuè probat *l. ex contractu. 44. de re jud. l. filius. 41. de acq. hær.* Nec verò adeo absurdum videri debet, quod in substitutione pupillari vim aditionis tribuimus existentiæ; in vulgari autem

tem non nudæ exiſtentiæ, ſed immixtioni: non enim neceſſe eſt ut nomen hæredis aut exiſtentiæ in utriuſque ſubſtitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur: Nam ut concedamus, etiam in pupillari ſubſtitutione patrem his verbis, *Si filius mihi hæres erit*, de hærede, qui cum effectu hæres futurus ſit, cogitaſſe: ratio tamen juris & favor pupilli poſtulant, ut ſola exiſtentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, & ſuſtineantur tabulæ pupillares. Planè ſi filio datus ſit cohæres extraneus, vulneratur ſuitas, ut loquitur Porc. *ad tit. de Attil.tut.* atque hic quia vires teſtamenti à cohærede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & ſubſtitutionis pupillaris non ſufficit, filium ſola poteſtate juris pro parte ſua hæredem extitiſſe, ſed ſi hic ſe abſtinuerit, ut tabulæ valeant, neceſſe eſt, ut patris hæreditas ab extraneo adeatur, *d. l.* 11. §. 1. *ad ſen.Treb.* Atque ita quoque explicanda *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Etenim ſui hæredis nuda exiſtentia, quæ fit *ἐν ἀτόμῳ*, & ipſo momento mortis paternæ, non poteſt in ſolidum confirmare teſtamentum, ubi eodem tempore adeſt hæres alius, qui adire poteſt, vid. Bart. *in l.* 12. *hoc tit.* & *d.l.*11. §. 1. *ad Treb.* qui meo judicio felicius hæc expedit, quàm vel Cujac. 26. *obſ.* 1. vel Ant. Fab. *dec.* 31. *err.* 8. add. Bachov. *in Treutl. vol.*2. *diſp.* 12. *theſ.* 3.

Ipſi filio ſit hæres ſubſtitutus) Et in tantum ſuccedit, quantum filii fuit, cùm is moreretur, ſive à patre obvenerit, ſive quæſitum aliunde. Teſtamentum enim pupilli hic eſt, in quo teſtator non ſuis bonis, ſed impuberis hæredem ſubſtituit *l. ſed ſi* 10. §. *ad ſubſtitutionem* 5. *hoc tit.* Excipitur ſubſtitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex ſubſtitutione pertinere poteſt, quàm quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogatoris, *d.*
10 *l.* 10. §. *in adrogato* 6. Quia verò ex notiſsima ratione juris quamdiu ex teſtamento defertur hæreditas, aut ſaltem ſpes eſt fore, ut deferatur, hæredes ab inteſtato ſuccedere non poſſunt, certum eſt, legitimos pupilli hæredes, id eſt, eos omnes, qui circa ſubſtitutionem pupillo ab inteſtato ſucceſſuri fuiſſent, à ſubſtituto hæreditatem admittente excludi, & conſequenter etiam matrem pupilli: quamquam de ea ratio eſt, cur dubitetur. Nam mater præ reliquis legitimis hæredibus hanc prærogativam habet, quod a liberis præterita teſtamentum eorum inofficioſum dicere poſsit, aut *ex Nov.* 115. ipſo jure evertere, utique ſi vera eſt communis opinio; quod nunc non diſputo. Cùm igitur mater hoc jus habeat, cum liberi per ſe teſtamentum faciunt, videri poteſt idem jus etiam tunc matri competere, cùm non liberi ipſi ſibi, ſed pater eis teſtamentum faciat: nam quod quis ex perſona & nomine alieno faciat, majorem vim habere non poteſt, quàm haberet, ſi ille ipſe id feciſſet, cujus nomine factum proponitur, *l. minor.* 51. §. 1. *de proc. l.* 13. §.*pen. de damn. inf. l.* 10. *C. de hær. inſt. c. quod per alium de reg. jur. in* 6. *cum ſimilib.* Contrarium tamen diſerte ab Ulpiano reſponſum *l.* 8. §.5. *de inoffic. teſt.* eſt, nempe matrem impuberis non poſſe teſtamentum inofficioſum dicere adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc ſignificare voluit Juriſconſultus, querelam inofficioſi teſtamenti hoc colore inſtituendam, quaſi non ſanæ mentis fuerit, qui teſtamentum ordinavit: cujus autem rei pupillum argui non poſſe, quia ipſe teſtamentum non fecit, uxori verò contra mariti teſtamentum querelam non competere: quæ ratio etiam admiſſa communi DD. opinione accommodari poteſt ad jus novum. Quidquid enim novi juris à Juſtiniano conſtitutum eſt, ideo tantùm pertinet, ſicut ipſe teſtatur ut præteritionis & exhæredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri à pupillo illata. Neque verò pater, cùm liberis ſuis teſtamentum facit, teſtatur ex perſona & nudo nomine liberorum, ſed jure proprio atque ex perſona ſua, vi ſcilicet poteſtate juris patrii. Hoc ipſum manifeſtè quoque confirmat *l.* 9. *C. hoc t.* quo loco Juſtinianus prohibet admitti querelam contra ſubſtitutionem mente capti, idque ait ſe conſtituere ad exemplum ſubſtitutionis
pupillaris. Negata querela conſequens omni- 11
no eſt, matrem à ſubſtituto pupillari excludi etiam quoad legitimam: idque conſtitutione Bonifacii VIII. nominatim expreſſum eſt *cap.* 1. *in fin. de teſtam. in* 6. *Licet filius*, inquit Pontifex, *teſtamento ſuo matrem portione jure naturæ debita privare non poſſit: pater tamen in teſtamento, quod filio impuberi facit, poteſt.* Bocerus *comment. ad hunc* §. putat, matrem, etſi per querelam reſcindere teſtamentum non poteſt, alia tamen via legitimam conſequi poſſe, nimirum conditione ex lege; quoniam generaliter cautum eſt, ex bonis liberorum matri legitimam eſſe relinquendam, *l. omnimodo* 30. *l. quoniam* 32. *C. de inoff. teſt. Nov.* 1. *in pr.* Sed jam probavimus, id verum eſſe, quando liberi ipſi teſtantur, non cùm pater pro ſuo jure iis teſtamentum facit. Neque aſſentiri poſſum Menochio, qui *lib.* 4. *præſumpt.* 38. exiſtimat excludi quidem matrem à legitima, quantum ad bona patris attinet, non autem

quoad

quoad bona filii: siquidem pater in testamento, quod filio impuberi facit, non tam de suis, quam impuberis bonis disponit, & exhæredato quoque dat substitutum. Atque illud omnino fixum esse debet, qui suo jure queri de inofficioso non potest, quamvis ex testamento nihil consecutus sit, eum nec petere posse legitimam, ut bene disputat Fachin. *lib.* 4. *contr.* 42. & est communis hæc opinio, Gomez 1. *res.* 4. *n.* 7. Vasq. *lib.* 2. *de succ. prog.* §. 11. *n.* 24. Graff. §. *substitutio, quæst.* 12. *n.* 5.

12 Porro si hoc obtinemus in substitutione pupillari expressa, nulla ratio est, cur non idem statuamus in tacita, quæ vulgari expressa continetur. Nam cùm ex constitutione Impp. Marci & Veri hic non minus testamentum atque ex eo hæredem pupillus habeat, quàm si expressè in casum quoque pupillarem substitutum accepisset, ratio juris efficit, ut nemo, sive mater sit, sive quis alius, ad legitimam pupilli successionem venire possit, aut per querelam testamentum evertere. Quæ sententia, etsi à DD. comm. improbata est, tamen apertè satis confirmatur à sensu contrario *in l.* 2. *C. hoc tit.* in qua Impp. respondent, ideo in specie illic proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere, & aliis quibusdam personis non ejusdem conditionis hæredibus institutis & invicem substitutis, non intelligitur sensisse de alio casu, quàm qui in omnium persona locum habere potest, id est, de vulgari tantùm: de quo non obscurè significatur, si personis omnium uterque casus conveniret, aliud respondendum esse: quo etiam faciunt *l. Lucius* 45. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Sed duo loci hic nobis objiciuntur *l. precibus* 8. *C. hoc tit. l. ult. C. de inst. & subst.* Ad priorem expedita responsio est, constitutionem D. Marci non pertinere ad testamentum militis, de quo loquitur *d. l.* 8. quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus; sed ex nuda, simplici, ac prout verbis expressa est, voluntate æstimantur, *l.* 6. *C. de test. mil.* ut proinde in horum testamentis vulgaris expressa non contineat tacitam pupillarem: idemque esset, etsi non mater in specie illic proposita & decissa, sed frater aut alius pupilli legitimus hæres fuisset. In *l. ult. C. de inst. & subst.* hic casus proponitur: Testator posthumum & uxorem hæredes scripsit, & si posthumus natus non esset, Mævium sibi hæredem esse voluit. Natus est posthumus, & impubes superstite matre decessit. Papinianus & Ulpianus putaverunt, voluntatis esse quæstionem, & matrem potius quàm substitutum ad successionem impuberis admittendam: & secundùm eos Justinianus quæstionem sic decidit, ut nolit substitutionem istam vim tacitæ pupillaris habere adversus matrem, id est, si posthumus natus impubes viva matre decesserit: sin illa prior mortua sit, valere adversus cæteros. Quis verò non videt, hujus constitutionis speciem & rationem singularem esse, ac proinde non facile ad alios casus porrigendam? Ostendunt hoc verba, *in hac specie*, *in hujusmodi casu*, & quo colore alioqui Pap. & Ulp. post constitutionem D. Marci voluntatis hic esse quæstionem respondissent? Credibile autem est, Jurisconsultos & Imp. in casu, ut propositus est, considerasse primum, quod mater ex parte hæreditatis & ipsa instituta fuit, posthumoque cohæres data, etsi posthumum nasci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet testator uxorem suam, quam ita dilexit, ut eam sibi quoque cum filio hæredem esse voluerit, minime credendus sit voluisse excludere à luctuosa hæreditate filii. Deinde quod substitutio facta proponitur, non in casum illum generalem & germanum substitutionis vulgaris, *si filius posthumus hæres non erit*, sed in casum specialem, & nominatim in hunc, *si posthumus natus non erit.* Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio est, & præsertim cohæres posthumo data, hunc casum, *si posthumus natus non erit* trahendum esse ad oppositum, *si posthumus natus fuerit, & impubes decesserit*: ne fiat contra voluntatem testateris, qui non videtur, eum, quem posthumo substituit, & sibi hæredem designat nominatim in eum casum, quo posthumus natus non fuerit, & quo existente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit posthnmus, & viva matre decesserit, ipsi posthumo hæredem esse voluisse, exclusa matre à luctuosa filii hæreditate. Proinde concludimus, pro substituto *semper* respondendum esse, etiam cum mater in medio est, sive de expressa, sive de tacita pupillari quæratur, quoties ex certis aut probabilibus conjecturis colligi non potest, voluntatem testatoris refragari: ita & Vigl. *hic.* Don. *ad l.* 8. *C. hoc tit.* Vaud. 1. *quæst.* 44. Ant. Fab. 15. *conj.* 9. *& seq. & dec.* 33. *err.* 5. latè Vasq. *de succ. prog.* §. 55. *& seqq.* Diss. Gloss. & DD. *comm. in d. l.* 9. Gomez. 1. *res.* 4. *n.* 8. Covar. *in cap. Raynutius.* x˜, *de test.* §. 4. *n.* 6. Fachin. 4. *contr.* 40. & 41. D. Tulden. *comm. hic cap.* 3. *& ad C. hoc tit.* Perez. *ibid. nu.* 26. *&* 27. Christin. *vol.* 4. *decis.* 15. *n.* 5. Ubi etiam refert, Supremum Senatum Mechliniensem aliquando

quando censuisse, per substitutionem in pupillo factam, ne expressam quidem, matrem hodie legitima privari posse. Sed hoc opinor ex eo est, quia in Belgio utique in plerisque Belgii provinciis, substitutioni pupillari planè non est locus; de quo pluscula sub §. *ult. inf. eod.*

Moribus institutum) Vulgaris substitutio confirmatur lege 12. tabb. his verbis: *Uti quisque legassit super pecunia sua.* Pupillaris ad eam legem non pertinet: quippe in qua pater non de sua pecunia suisve bonis, sed alienis, id est, liberorum, disponit, *l.* 10. §. *ad substitutos.* 5. *hoc tit.* sed substitutio hæc moribus introducta est, *l.* 2. *in pr. hoc tit.* & quo patri lege 12. tabb. permissum erat in tutela, ut liberis impuberibus in potestate constitutis testamento tutorem daret, hoc consuetudine paulatim tractum ad pecuniam quoque & fortunas liberorum, ut in his patri liceret liberis in ea ætate, qua ipsi testamentum facere non possint, testamento hæredem dare, continuata vi patriæ potestatis, etiam quantum ad bona liberorum attinet, post mortem patris usque in eam ætatem, qua jam ipsi liberi sibi testamentum facere possent, id est, usque ad eorum pubertatem, qua adveniente substitutio expiraret. Atque hoc ipsum in gratiam ipso-
13 rum impuberum introductum est, quibus non solùm honorificum, sed etiam utile visum, hæredem testamentarium, & eum, qui patris judicio datus esset, habere, *l.* 41. *de acq. hær.* Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidiis minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei successor futurus sit, propter quam causam cavere olim patres solebant, ne pupillares tabulæ, vivo adhuc & impubere filio, aperirentur, §. *fin autem.* 3. *infr. eod.* VINN. Vulgo quidem negant pupillarem substitutionem esse ex XII. tabulis propter *l.* 2. *pr. ff. de vulg. & pupill. substitution.* ubi ejus origo MORIBUS adscribitur, quum contra vulgaris disertè ex XII. Tabulis manasse dicatur in *l.* 10. §. 5. *ff. eod.* Sed non pugnant illa, moribus aliquid introductum, & tamen ex XII. tabulis esse, quum in illas migrasse *πάντας τοὺς πατρικοὺς ἐθισμοὺς* vel *ἀγράφους θεσμούς*, testetur Dionys. Hal. *lib.* 2. *p.* 96. & *lib.* 10. *p.* 676. Sanxerant Decemviri; *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* RES ratione patris erant & liberi, qui & mancipari poterant Caji *Instit. lib.* 1. *tit.* 6. §. 3. & vindicari *l.* 1. §. 1. *ff. de rei vind.* quin iis surreptiis locum habeat actio furti. *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Quemadmodum itaque tutela testamentaria est ex XII. tabulis quia paterfamilias potest *legare de tutela suæ rei* ita ejusdem originis erit pupillaris substitutio, quia Decemviri patrisfamilias concesserant *legare super pecunia sua rei.* HEIN.

TEXTUS.

De substitutione mente capti.

1. *Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscumque sexus, vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari sancimus: & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis; quæ, post quam pupillus adoleverit, infirmatur.*

NOTÆ.

1. *Constitutione*) *L.* 9. *Cod. de impub. & al. subst.* olim opus erat speciali privilegio, *l.* 43. *hoc tit.*

Ut si qui habeant filios.) Licet non habeant in potestate, *d. l.* 9. ibi, *qui vel quæ testatori vel testatrici.*

COMMENTARIUS.

1 *Qua ratione & consilio exemplaris substitutio introducta?*
2 *Utroque parente superstite & exemplaris substituente; patris potius quàm matris substitutionem ratam esse.*
3 *Substitutionem exemplarem etiam ad furiosos & prodigos, adeoque ad mutos & surdos quoque posse porrigi.*
4 *Etiam impuberibus mente captis & à patre, in cujus potestate sunt, exemplariter rectè substitui.*
5 *Eum quoque, qui exemplariter vult substituere, debere sibi prius testamentum facere.*
6 *Si plures sint mente capti liberi vel fratres, posse vel unum ex his substitui.*
7 *An etiam exhæredatis exemplariter substitui possit?*
8 *An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmatæ vires recipiat redeunte morbo?*

HOc §. agitur de substitutione mente capti, quæ pupillari substitutioni finitima est, atque ejus species quædam imperfecta: unde à nonnullis quasi pupillaris dicitur. Vete- 1
res

res interpp. exemplarem vocant, eo quod ad exemplum pupillaris introducta est. Sciendum verò, ante tempora Justiniani neque lege, neque moribus licuisse parentibus liberis suis puberibus testamentum facere sive substituere prætextu vitii alicujus, sive animi sive corporis, ob quod ipsi testamentum facere non poterant, nisi, ut id sibi licere, specialiter à Principe impetrassent, *l. ex facto.* 43. *hoc tit.* quod quia vel non semper impetrari, aut non sine magna molestia poterat, humanum tamen videbatur. Justinianus jus regulare fecit, atque ex privilegiario commune, data parentibus potestate, quantumvis non impetrata à Principe licentia, liberis suis mente captis, licet puberes sint, ad eum modum substituendi, quo jam antea ex more recepto parens filio impuberi substituere poterat, nimirum in eum casum, quo hæredes existerent, & in eadem constitutione mentis decederent, *l. humanitatis.* 9. *C. hoc tit.* Utriusque hujus substitutionis similitudo & dissimilitudo ostendetur in progressu.

2 *Qua ratione*) Nimirum eadem illa, quam modo dixit causam fuisse comparandæ atque in mores inducendæ substitutionis pupillaris. Hoc enim significat, eadem ratione, qua antea receptum fuit, ut parentes liberis impuberibus testamentum facerent, quia sc. liberi ipsi propter ætatem sibi facere non porerant, se excitatum permisisse parentibus substituere liberis etiam puberibus, qui non sanæ mentis sunt, & ob eam causam ipsi testari non possunt. VINN. At non planè eandem est substitutionis ratio. *Pupillaris* enim ἀμέσως nititur patria potestate; *exemplaris* στοργῇ illa parentum naturali. Quare illa fit à solo patre; hæc ab utroque parente. HEIN.

Ut si qui) Sine distinctione sexus aut gradus aut potestatis parentum: ne quis ex similitudine substitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantùm referat, qui liberos habent in potestate. Etenim substitutio hæc non ex ratione aliqua juris civilis; sed ex sola humanitate, affectione, pietate & cura parentum erga liberos introducta est, quæ eadem est in omnibus parentibus, *d. l.* 9. quod tamen timidius diceremus, nisi ipsis legis verbis parentibus omnibus eadem potestas tribueretur: *parenti, qui vel quæ testatur; testatori vel testatrici.* Poterit igitur & mater hoc modo substituere, & avia, & pater, filio emancipato. Quod si mente capto uterque parens superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patris potius, quàm matris substitutio rata sit, ut rectè Vasq. *lib.* 2. *de succ. prog.* §. 17. *n.* 39. *& seq.* Don. 6. *comm.* 27. Quamvis receptum magis, ut cujusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis, teste Sichardo in *d. l.* 9. *n.* 8. quod etiam probant D. Perez. *in Cod. hoc tit. n.* 31 & D. Tuld. *in comm. hic c.* 10. Sed hoc neque naturæ hujus substitutionis communi cum pupillari videtur convenire; nam utraque fit bonis liberorum omnibus: & insolens est, aliquem cum duobus testamentis decedere; quamquam fortassis subtilitatem istam mores hodierni non usque adeo curent. Atque hæc est prima hujus substitutionis & pupillaris differentia.

Mente captos) Furiosum quoque mente captum esse, id est, lumine mentis carere, certum est. Sed usu veterum mente captus à furioso distingui solet, & furiosus dici, qui rabie quadam agitur; mente captus, qui in quiete magis est, nulla fere signa ostendens extrinsecus: & dementia plerumque vitium naturale est ac perpetuum; furor sæpe remissionem ac intervalla morbi & sanitatis habet. Hinc dubitatum aliquando, an quæ de mente capto constituta sunt, ad furiosum per interpretationem sint producenda: quæ dubitatio circa hunc quoque §. *&* *d. l.* 9. incidit, propterea quod utrobique mente capti tantùm Justinianus meminit. Et verò potest aliquando justa esse causa dubitandi, veluti cum *D. Marcus* permisisset filio mente capto uxorem ducere, exorta apud veteres dubitatio fuit, an id quoque ad furiosi filium porrigendum esset; quoniam in mente captis nullæ sunt morbi induciæ, furiosi autem plerumque intervallis quibusdam sensu saniore sunt, quod tempus expectandum videri poterat: quam tamen dubitationem sustulit Justinianus, producta D. Marci constitutione ad furiosi quoque filium, *l. si furiosi.* 25. *C. de nupt.* Cæterum in 3
proposito non video, quæ possit esse dubitandi causa, cùm omnino hìc eadem ratio sit utriusque; & furore intermisso, liberis ipsis, si in potestate non sint, testari permissum, ac testamentum paternum abolere. *Fac. l. ex facto.* 43. *in pr. vers. nam & si hoc. tit. l.* 2. *C. de cur. furios.* ubi furiosus & mente captus pro eodem ponuntur. Et rectè igitur Theoph. vertit μεμηνότας ἤγουν παραφρονοῦντας. Quinimmo putem, constitutionem Justiniani ad prodigos, atque adeo ad surdos & mutos quoque liberos porrigendam: quo casu ipsi testari non possunt: quæ & communis sententia est, fundata in constitutionis humanitate & ratione, quæ his omnibus convenit, nimirum ut qui ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant, quodque olim non licebat

bat nisi ex privilegio, nunc liceat jure communi, Gomez. 1. *resol.* 6. *n.* 3. & 4. Covar. *in c. Raynut.* §. 6. *n.* 1. Graff. §. *substitution. quæst.* 44. *n.* 4. & 6. quamvis aliud visum Viglio *hic.* Govean. *in d. l. ex facto* 43. *hoc tit.* D. Tuld. *in comm. hic. c.* 10. Perez. *in C. eod. n.* 30. *arg. l. quod vero.* 14. *de legib.* cui occurri potest ex D. Præside *loco* 79. *n.* 18. & *seqq.* Planè ad phræneticos constitutionem non pertinere tradunt comm. DD. & probat Vasq. *d.* §. 17. *num.* 108. per verb. constitutionis *perpetuo.* Graff. *d. quæst.* 44. *n.* 3.

Vel nepotes) Eadem autem conditio hic exigitur, quæ in substitutione impuberum, ut nepotes, quibus exemplariter substituitur, post mortem testatoris non sint recasuri in potestatem patris sui, *l.* 2. *hoc tit.* Nam & hæc substitutio testamentum liberorum est. Qui autem sunt in potestate, nec testamentum nec hæredem ex testamento habere possunt, *l. pen.* & *ult. C. qui test. fac.* Quare & si mater substituit, mortua ea, superstite patre mente capto, evanescet substitutio secundum plerosque: ego arbitrarer, quamdiu pater vivit, ne concedendum quidem matri esse, ut substituat, de quo latè Vasq. 2. *de success. prog.* §. 17. *n.* 63. & *seqq.*

Et si puberes sint) Secunda differentia, quæ principalis est inter hanc substitutionem & pupillarem. Ait, *Etsi puberes.* Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter substituere? De pa-
4 tre, qui emancipavit, non quæritur, nec de matre substituere volente, quoniam in his terminis sola exemplaris locum habet: sed de patre, in cujus potestate est impubes mente captus. Ratio dubitandi orta à simili. Quemadmodum enim curatio agnatorum, in qua lex 12. tabb. jubet esse furiosos, ad impuberes non pertinet, qui ex jure ordinario in tutela sunt, *l.* 3. *de tutel.* ita videri potest, nec pertinere ad eos hæc extraordinaria substitutio, cùm pater jure ordinario his substituere possit pupillariter. Sed non sunt hæc similia: nam finita tutela succedit, & administrationem bonorum puberis suscipit curator, quem lex aut Magistratus tutori subrogat, ut in omnem eventum hìc furioso prospectum sit: finita autem substitutione pupillari, & durante adhuc mentis alienatione, non succedit exemplaris substitutio, neque quisquam est, qui hæredem mente capto dare queat. Quamobrem magis est ut dicamus posse patrem etiam exemplariter filio substituere, ut duret ea substitutio etiam post pubertatem, quamdiu manet eadem mentis constitutio, ita & Duar. *in tit. de vulg.* & *pup. c.* 19. & DD. comm. Vasq. *d.* §. 17. *n.* 68. Graff. *d.* §. *q.* 41. Dissent. D. Pacius *in not. marg.*

Ad exemplum pupillaris substit.) His verbis significatur, licere patri filio mente capto substituere in casum secundum, *Si filius hæres erit*, ut receptum est in pupillari. Deinde etiam de- 5
bere patrem, qui exemplariter substituit, sibi prius testamentum facere, sibique in eo hæredem instituere, quàm filio substituat, perinde ut in substitutione pupillari, §. *liberis.* 5. *infr. eod.*

Certas personas) Differentia tertia. In substitutione pupilari licet impuberi filio quosvis substituere, etiam fratribus ejus præteritis: in substitutione mente capti non licet: sed in hac primum liberi, si quos habet, dein his non extantibus, fratres mente capti substituendi sunt: demum si nec fratres erunt, permissum substituere quemlibet, *d. l.* 9. *C. hoc tit.* Et notandum, quod in constitutione ad- 6
jicitur, non esse necesse, si plures sint mente capto liberi aut fratres, ut substituantur omnes, sed satis esse, vel unum ex iis substitui; ut valeat substitutio, licet reliqui non sint exhæredati: nihil enim de cæteris exhæredandis exprimitur. Sed & impune posse præteriti, ex eo licet intelligere, quod adversus substitutionem denegatur querela inofficiosi: quod tamen in liberis mente captis vix est ut ab iniquitate defendi possit, vid. Vasq. *d.* §. 17. *n.* 55. & *seqq.* Sed de parentum erga liberos affectione benignius præsumamus, avumque testatorem nepotibus præteritis tantumdem de propriis bonis in compensationem relicturum. Inducitur vulgo ex verbis d. constitutionis & alia dissimilitudo. Nam impuberibus pupillariter substitui potest, etsi nihil eis relinquatur, dummodo exhæredentur: mente captis non aliter substitui concedit constitutio, quam si legitima eis relicta fuerit: & cùm igitur hodie legitima liberis relinquenda sit titulo institutionis, *Nov.* 115. non aliter testamentum paternum consistere, aut querelam inofficiosi evadere plerique existimant, quàm si liberi in eo hæredes instituti fuerint, saltem in parte aut ex re aliqua; quo casu si minus legitima relictum sit, id quod deest, eos consecuturos condictione, ex *l.* 30. *C. de inoff.* nimis enim superstitiosos esse, qui negant subsistere testamentum, nisi tota legitima relicta sit. Concludunt igitur, exhæredato non rectè exemplariter substitui, neque rationem humanitatis pati, ut afflicto addatur afflictio. Bart. *in l.* 43. *nu.* 18. *hoc tit.* DD. comm. *in l.* 9. *C. eod.* Graff. *d.* §. *q.* 44. *n.* 5. Quibus assentiri non possum. Nam cùm etiam liberi fu-

furiosi à patre exhæredari possint, *l.* 27. *C. de Episc. aud. l. ult.* §. 5. *C. de cur. fur.* quod sic accipiendum est, ut possint etiam efficaciter, quamvis nihil eis relictum sit, modo exhæredentur ex causa ingratitudinis ante furorem commissæ, quod Bart. quoque *d. loc. n.* 19. & DD. comm. concedunt: Vasq. *de succ. creat.* §. 21. *n.* 256. non ideo, cur non & his exhæredatis possit exemplariter substitui. Sanè verba constitutionis non refragantur. Nam quod legitima relinquenda adjicit Justin. id non eo pertinet, ut si illa relicta non sit, testamentum ipso jure sit nullum, sed quod alias per querelam inoff. posset everti: cujus querelæ ne hodie quidem vis ulla, ubi ob justam causam ingratitudinis testamento insertam hæres docere potest, exhæredationem factam esse: & quod novissimè Imp. voluit, legitimam relinquit tit. institutionis, id non hunc habet sensum, si ita relicta non sit, utrumque rite facta sit exhæredatio, testamentum ipso jure non subsistere, sed tunc per querelam posse subverti: de quo uberius *infr. tit.* 18. Duar. *ad hunc tit. c.* 20. Covar *in c. Raynutius.* §. 6. *n.* 2. *&* 3. Bocer. *hic n.* 21.

Sin autem resipuerint, infirmari) Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis: ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est, *Si filius impubes decesserit*; ita exemplaris hæc propria, *Si mente captus in eadem constitutione mentis decesserit*: ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur resipiscentia: quomodo veteres quoque principalia rescripta interpretati sunt, quibus specialiter aliquibus concessum erat, liberis puberibus ob infirmitatem aliquam, propter quam ipsi testari non poterant, testamentum facere: iniquum enim esset, testamenti factionem adimere homini sani sensus & mentis, *l. ex facto.* 45. *hoc tit.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc sub-
8 stitutio infirmatur, sui hæredis agnatio. Quid autem si filius in eamdem mentis abalienationem reciderit? Zasius *tract. subst. exempl.* post Baldum & Salicet. *in d. l.* 9. *C. hoc tit.* distinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo casu duret, hoc evanescat substitutio, quod & Covar. *in d. c. Raynutius.* §. 6. *n.* 11. probat. Perezius ad *eund. tit. C. n.* 33. indistinctè negat umquam convalescere. Vasquius contra convalescere ait, sed ita, quasi interim non extinctam, idque etiamsi filius tempore mortis paternæ adhuc sit sanæ mentis, *lib.* 2. *de success. progress.* §. 17. *n.* 48. *&* *seqq.* quæ etiam est communis opinio secundum Jason. & alios à Vasq. & Covar. allegatos. Ratio juris suadet, ut dicamus, cum Donel. 6. *comm.* 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eumdem morbum reciderit, magis esse, ut substitutio duret, *arg. l.* 6. §. 2. *de hær. inst.* §. 4. *inf. de hær. qual.* nisi forte per id tempus, quo sanæ mentis fuit, ipse testamentum fecerit, *per* §. 1. *sup. quib. non est perm. fac. test.* Quod si tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescere substitutionem, *arg. l. cohæredi.* 41. §. 2. *hoc tit.* Quæ etiam sententia videtur D. Viglii. *hic n.* 19. male in contrarium allegati à D. Perezio. Add. Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 5. *c.* 16. *n.* 24. *&* *seq.*

TEXTUS.

Proprium pupillaris substitutionis.

2. *Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi hæredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.*

COMMENTARIUS.

REdit Imp. ad institutam initio disputationem de substitutione pupillari, *Ait, in* ea substitutione duo quodammodo esse testamenta; quæ verba captanda non sunt. Etenim non hic eorum sensus est, in pupillari substitutione, quatenus sola & per se spectatur, duo esse testamenta; quæ oratio implicaret contradictionem: quippe in pupillari substitutione soli pupillo hæres datur, cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat, *l.* 20. *hoc tit.* *&* *passim.* ea verò pars, qua impubes ipse aut alius hæres instituitur, patris testamentum constituit, nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris. Sed ita accipienda sunt, ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio secundum formulam in pr. traditam: quod ostendunt verba secundum præfatum modum ordinata. Hoc sensu rectè dicitur, duo hic quodammodo testamenta esse, alterum patris, alterum filii. Hinc enim est, quod utrisque mors expectanda, quod duæ aditiones necessariæ, *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 11. §. 1. *ad Trebell.* duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ, *l.* 8. *test. quem. aper.* quod pater una hora sibi, altera filio hæredem facere potest, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contra, *d. l. patris.* 20. *eod. l.* 8. *in fin. sec. tab.* quod filio substitutus, eo abstinente, non cogitur paternis credi-

di-

ditoribus respondere, *l. Julianus.* 42. *de acq. hæred.* & apparet hoc luculentius in substitutione exhæredati.

Unum testamentum duarum causarum) Rectè quoque, sed sensu universo, unum hic esse testamentum dicitur, *l.* 2. §. *prius* 4. *d. l. patris* 20. *hoc tit. l. patremfam.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* nimirum, tum ratione causæ efficientis, quia unum dumtaxat auctorem habet: tum formalis, quia unica solemnitate contentum, veluti unis septem testium signaculis, *d. l.* 20. tum ratione subsistentiæ, quia pupillare testamentum per se non subsistit, sed paterni accessio est, quo rupto, rescisso, aut irrito facto, simul concidit, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 10. §. 3. *l.* 16. §. 1. *eod. l.* 11. *test. quemad. ap.* §. 5. *inf. hoc tit.* Atque hinc est, quod in tabulis patris & filii una Falcidia servatur, *l.* 11. §. *quod vulgo* 5. *ad leg. Falc.* quod juri accrescendi locus est inter re conjunctos, *l. planè* 34. §. *sed si* 10. *de legat.* 1. & si quæ sunt alia generis ejusdem. Consulatur D. Hotomannus, qui singula accuratè persecutus est.

Textus.

Alia forma substituendi pupillariter.

3. *Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius suus pupillus adhuc ex eo quod palam substitutum acceperit post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat, vulgarem quidem substitutionem palam facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet; illam autem substitutionem, per quam, si hæres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino, propria que cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque hæredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.*

Notæ.

3. *Proprio lino*) Vide *comment. infra.* Exempla substitutionis pupillaris factæ in ima cera, sive ultima parte tab. habes in *l. ult. de fideic. libert. l.* 8. §. *ult. sec. tab.*

In priore parte cavere) Etsi non cavit, voluisse tamen intelligitur, qui separatim obsignavit tabullas pupilli, *l.* 8. *test. quem ap.*

Commentarius.

Quia substitutio hæc pupillo periculosa videtur, consilium hoc loco parentibus datum, ut eam in ima parte tabularum scribant, linoque proprio trajecto constrictam obsignent, caveantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

Periculo insidiarum subjaceat) Vulgaris substitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hæreditate spes omnis successionis substituto præciditur. Potest tamen & ipsa causam præbere insidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent. cap.* XI. legimus, mulierem quamdam Milesiam, accepta à secundis hæredibus pecunia partum sibi medicamentis abegisse: cujus rei meminit Triphon. *l. Cicero* 39. *de pæn.* Citius autem periculum metuitur à substituto pupillariter, si is mortuo patre pueri custode, se esse substitutum cognoscat: hic enim majorem occasionem habet vitæ pupilli struendi insidias, eumque, antequam pubescat, è medio tollendi. In cujusmodi scelus impulsus hac occasione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit: nimirum quod pupillum, cui substitutus hæres erat, veneno necasset. Sueton. *in Galb. cap.* 9. Scilicet ea vulgo est hominum improbitas, ut spe luculentiæ hæreditatis aut similis lucri, quod post obitum alicujus se percepturos certo sciunt, facile impellantur ad affectandam illius mortem. Notum est illud Persianum *satyr.* 2. *v.* 12. de improbo insidiatore pupilli, cui hæres substitutus erat:

——Pupillumve utinam, quem proximus hæres
Impello, expungam.

Eodemque pertinent illa Horatii *l.* 2. *satyr.* 5. *v.* 48.

Arrepe officiosus, & ut scribare secundus
Hæres, & si quis casus puerum egerit Orco,
In vacuum venias.

Primis testamenti partibus) Tabulæ testamenti in plures partes dividi possunt, singulæque partes seorsum obsignari, ita ut priores sine posterioribus commodè aperiri & resignari queant. Primam testamenti partem Horatius *d. satyr.* 5. *v.* 53. *sequ. primam ceram* vocat, sicut Tranquillus *in Julio c.* 83. partes inferiores, *imam ceram.* Cicero *Varr.* 3. *extremam ceram codicis.* Quod intelligendum est è consuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis scribere solebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur, §. *nihil autem* 12. *sup. de testam. ord.* consule D. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 11.

Sepa-

Separatim in inferioribus partibus) Exempla substitutionis pupillaris factæ in infima sive novissima parte testamenti habemus apud Marcell. *l. ult. de fideic. lib.* Paul. *l. ult. ad sen. Treb.* Ulp. *l. 8. test. quem. ap.* quo loco etiam hoc scribit Jurisconsultus, prætorem non pari sine causæ cognitione aperiri tabulas pupillares, quæ separatim ignotas testator relinquit, quamvis expressè non caverit, ne aperiantur: quia sc. prætor existimat, id nullo modo è re pupilli futurum esse.

Proprio lino) Significat, testamenti tabulas diverso liuo ita ligandas esse & complicandas, ut lino inciso singulæ per se commodè aperiri possint. Lini, quo tabulæ ligantur, mentio fit plerisque locis, *l. Aurelius 28. §. 1. de lib. leg. l. 1. §. pen. & ult. de bon. possess. sec. tab. l. pen. C. de testam.* apud Lucian. *in Timone*, Sueton. *in Neron. cap. 17. Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulæ nisi pertusæ, ac ter lino per foramina trajecto obsignarentur.* Add. Alciat. 4. *parad.* 6. Cajus 2. *inst.* 4. §. 3. de hac cautela sic scribit: *Sed pupillaris substitutio ita secreta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vitæ pupilli substitutus aliquas insidias moliatur. Nam in extrema pagina testamenti fieri debet, ut pars illa, in qua pupillaris substitutio scripta est, quamdiu pupillus annos pubertatis egrediatur, obsignata permaneat, & prior pars testamenti, in qua hæres scriptus est, reseratur.*

Cavere, ne inferiores tabulæ aperiantur) Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *l. 3. C. quemadm. testam. ap.* aut vetuisse intelligebatur, si seorsum eas signatas reliquisset, *l. 8. ff. eod.* Quæsieris, quid juver, hanc adhibuisse cautionem, cùm qui in vulgarem casum impuberi à patre substitutus est; etiam in casum pupillarem substitutus esse intelligatur ex constitutione D. Marci *l. 4. hoc tit.* Nam facta palam substitutione vulgari, etiamsi altera celetur, in idem incommodum incidi; quia substitutus ignorare non potest, mortuo impubere, se ei hæredem fore ex tacita pupillari. Sed facilis est responsio, nimirum ex conjectura voluntatis hoc introductum, ut substitutioni vulgari expressè, pupillaris insit: in voluntate testatoris manifestè contraria secus esse, *d. leg. 4. §. 2. & l. 4. C. eod.* Neque enim unquam in re manifesta, aut ubi de voluntate constat, præsumptionibus aut conjecturis locus est, *l. continuus 137. §. 1. in fin. de verb. obl.* Quamobrem cùm in casu præsente ex priore testamenti parte constet, testatorem expressè aliquem filio substituisse in imis tabulis, quas filio vivo & adhuc impubere aperire vetuit, nihil certi sibi promittere substitutus potest de successione pupilli, cùm scire non possit, ipsumne an alium testator in secundum casum substituerit.

Non ideo minus valere) Igitur Justinianus hìc non imperat, sed suadet. Consilium est, non præceptum, & ut Græci ὀ νόμος, ἀλλὰ παραίνεσις; neque enim eo minus valet pupillaris substitutio, quod scripta est in iisdem tabulis, quibus testator sibi hæredem instituit. Quin etiam sibi in tabulis testamentum facere pater potest: filio impuberi per nuncupationem substituere, *l. 8. in fin. sec. tab. l. patris 20. §. 1. hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus substituitur.

4. *Non solum tamen hæredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si hæredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis hæres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exhæredatis. Itaque eo casu, si quid exhæredato pupillo ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel hæredum institutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus.*

NOTÆ.

4. *Sed etiam exhæredatis*) *L. 2. §. 2. l. 10. §. 5. hoc tit.* Ulpian. *tit.* 23. §. 7. quia pater non suis bonis substituit, sed impuberis, videlicet jure potestatis, *d. l. 10. §. 5.* quo & tutorem dat, *l. 4. de test. tut.* Formula: *Titius hæres esto: filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.*

Ex hæreditatibus legatisve, &c.) *D. l. 10. §. 5.* Non tamen potest pater ab exhæredato legatum relinquere, *l. 41. §. 1. hoc tit.* neque à substituto exhæredati, *l. 41. §. 3. de test. milit.* Legatum onus est: hæredem habere non est.

Etiam de posthumis) *L. 2. eod.* exempl. *in l. 46. hoc tit. l. ult. C. de instit. & subst.*

COMMENTARIUS.

1 *Formula substitutionis pupillaris exhæredato factæ.*

2 *Male in vulgatis codicibus interpungi,* l. miles 41. §. 4. de test. milit.

3 *Patrem ab exhæredato filio ejusve substituto legare non posse.*

An

4 *An exhæredatio extinguat jus suitatis? Quæstio subtilissima.*

SEd etiam exhæredatis) Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, *l.* 1. *de injust. rupt. l. inter cætera* 30. *de lib. & post.* Exhæredatis autem rectè substituitur, *l.* 1. §. 2. *l.* 10. §. *ad substitutos* 5. *hoc tit.* nimirum jus hoc substituendi, ut & tutores dandi, non ab institutione hæredis; sed à potestate patris pendet; quippe non suis bonis, sed impuberis substituit; quo argumento utitur Ulp. *d. l.* 10. §. 5. Quamobrem etsi hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eo tamen minus substituere filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quod pater ei hæredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, *l. Julian.* 42. *de acq. hær. fac. l.* 6. *in pr. de interrog. in jur.* Sed
1 quibus verbis hæc substitutio concipienda est? Non enim potest concipi eadem formula, qua utimur in substitutione filii hæredis instituti: *Si hæres erit, & intra pubertatem decedet.* Nimirum posterior tantùm hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc sit: *Titius hæres esto; Filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.* Ex quo apparet, veram hìc substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem coloratam, ut monui initio hujus tit. VINN. Sed hoc ipso confirmatur sententia nostra, quod hæc testamenti factio fit ex XII. tabulis. Quamvis enim substitutio hæc nec vulgaris dici posit, nec pupillaris: eam tamen admittendam putarunt Romani, quia sic quoque paterfamilias testatur *de pecunia sua rei.* HEIN.

Pupillo ex hæreditatibus legatisve) Nam uti modo dictum est, non suis, sed impuberis bonis substituit testator. Turbavit hìc multos
2 vitiosa lectio *l. miles* 41. §. 4. *de test. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur: *Exhæredato miles & emancipato filio substituere potest. Verùm hoc jus in his exercebitur, quæ ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerunt, non etiam in his, quæ habuerit, vel postea acquisierit.* Quod exhæredato filio à milite substitutus ea tantùm accipit, quæ à testatore profecta sunt, nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit à pagano. Cæterum alia omnia ratio juris efflagitat: nec responsum istud, si ita legas, defendi potest à summa absurditate. Quod cùm animadverteret D. Viglius, ausus est, quamquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque *exhæredato*, in calcem præc. §. transposita, novum sic inchoare, *Miles & emancipato filio*, &c. quam viri doctissimi & prudentissimi interpunctionem postea compertum est *Pisani codicis auctoritate confirmari.*

Ad substitutum pertinebit) Hoc igitur certo constitutum est, licere patri substituere filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exhæredati emolumenta. Sed hac occasione duo quæsita sunt; primum, an quemadmodum pater exhæredato rectè substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum rectè relinquat: alterum, an à substituto exhæredati legatum aut fideicommissum dare valeat. Primum quod attinet, placet, patrem à filio, 3
quem exhæredavit, legare aut fideicommissum relinquere non posse, *l. cohæredi* 41. §. 3. *hoc tit.* Alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum sive fideicommissorum. Legata & fideicommissa onera sunt: ac proinde aliis imponi non possunt, quàm iis, quos defunctus honoravit, & tantùm pro modo relicti, *d. l. cohæredi*, §. 3. *l.* 1. §. *sciendum* 6. *de legat.* 3. *l.* 9. *C. de fideic.* Substitutio verò onus nullum continet, (neque enim onus est hæredem habere,) sed est provisio pertinens ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam si ab exhæredato legari non potest, nec poterit à substituto ejus. Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat testator circa personam substituti, quàm habet in eo, cui substituit, *l. qui fundum* 87. §. *qui filios* 7. *vers. dicet aliquis, ad leg. Falc. l. ab exhæredati* 126. *de legat.* 1. Planè quemadmodum filius exhæredatus, si legatum vel fideicommissum à patre accepit, fideicommisso itidem à patre gravari potest, *d. l. cohæredi*, §. 3. ita & eo casu poterit substitutus, si juris rationem spectes, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Contrarium tamen in odium exhæredationis constituit Justinianus, *l. cum quidam* 24. *C. de legat.* ut bene observavit D. Viglius. Ne olim quidem, ut hoc obiter addam, legari à substituto exhæredati poterat, quantumvis legatum etiam amplum à patre accepisset, *l. miles* 41. §. 3. *de test. mil.* nimirum quia ex ratione juris veteris legata ex legatario ejusve hærede non rectè relinquebantur, at bene fideicommissa. *inf. de sing. reb. per fideic. rel. in pr. d. l.* 5. §. 1. *de legat.* 3.

Eadem etiam de posthumis intelligimus) Quæstionem, an hodie post *Nov.* 115. *c.* 3. posthumus exhæredari, & consequenter, an ei exhæredato substitui posit, alio loco reservamus. Illud pro coronide hìc indagare lubet, 4
verumne sit, quod nonnullis visum est, per ex-

exhæredationem tolli jus suitatis. Nam si hoc verum est, concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem suis tantùm hæredibus substitui potest. *l. 2. in pr. hoc tit.* Verum autem esse, hisce argumentis probari videtur. Primùm, si exhæredati ne hæredes quidem sunt, nec sui hæredes dici possunt: cum non entis nulla sit qualitas, atque ut in scholis ratiocinantur, *ab est secundi adjecti, ad est tertii adjecti valeat consequentia negando.* Hæredes autem non esse, testatur Jurisconsultus *l. 1. §. pen. de suis & legit.* Ratio enim juris manifesta est, quia nec ex testamento nec lege eis defertur hæreditas, ut plenius ostendimus in §. *cum autem 7. inf. de hær. quæ ab.int.* Secundo inter suos hæredes mutari non potest, qui pro mortuo habetur; at exhæredatus habetur pro mortuo, *l. 1. §. sed & si 5. de conjug. cum emanc. lib.* Postremo sui hæredis jus per exhæredationem dicitur abscissum esse, *l. 9. §. 2. de lib. & post.* Ex contrario verò non tolli per exhæredationem jus suitatis, duobus argumentis perspicue evincitur. Unum petitum est à definitione. Nam si sui hæredes sunt liberi omnes defuncti, qui eo tempore, quo moritur, in potestate illius sunt, & primum in familia locum obtinent: non potest non filius exhæredatus eo tempore inter suos hæredes numerari, nisi dicamus, quod inauditum est, exhæredatione solutum fuisse jus patriæ potestatis. Nec mihi objeceris, jus suitatis non ex eo solùm æstimari, quod quis in potestate sit, & primum gradum in familia teneat; verùm etiam, & maximè ex causa successionis: exhæredatum autem à successione excludi. Etenim quamdiu pater vivit; exhæredationis nulla vis est, eoque etiam numero, adhuc in irritum redigi potest, destituto vel rescisso per querelam inofficiosi patris testamento, *l. filium 20. in pr. cont.tab.* ut proinde jus filii sui hæredis per exhæredationem sublatum fuisse dici non possit. Alterum argumentum sumitur ab effectis suitatis propriis. Primum ex eo, quod, ut hoc §. docetur, filio exhæredato rectè pater pupillariter substituit. Suum autem hæredem esse oportet, cui ita substituatur, *l. 2. hoc tit.* Secundo, quod cùm tutor testamento dari non possit nisi ei, quem quis in suis hæredibus, cum moritur, habuit, *l. quo tutela 73. §. 1. de reg. jur.* rectè nihilominus detur exhæredato, *l. 4. de test.tut.* Tertio, quod exhæredati filii persona obstet nepoti, quominus suus hæres fiat avo, & præteritus quasi agnascendo rumpat avi testamentum, *l. 6. pr. de injust. rupt. test. l. 7. unde lib.* Si enim per exhæredationem perimeretur jus suitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in sui hæredis locum succedendo avi testamentum rumperet, non secus ac si rumpit, cujus pater mortuus aut emancipatus est, §. 2. *sup. de exhær. lib. l. 13. de injust. rupt.* Postremo à jure quoque suitatis procedit, quod filio, qui in potestate est, exhæredato, ad transmittendam querelam nec bonorum possessio, nec aditio hæreditatis necessaria est. Cur enim alioqui contra filius emancipatus nisi ista fecerit, non videtur litem præparasse? *l. 7. de inoff. test.* Neque verò adeo difficilis responsio est ad argumenta duo posteriora, quibus diximus probari videri, exhæredatione jus sui hæredis planè extingui. Etenim quod Ulpian. ait *d. l. 1. §. sed & si 5. de conjug. cum emanc. lib.* patrem exhæredatum pro mortuo haberi, verum quidem est, non autem simpliciter, sed quod ad illud edictum de quo agitur, attinet; ne scilicet pater emancipatus exhæres factus impediat, quominus nepos in potestate retentus & præteritus bonorum possessionem contra tabulas solus petat, aut si concurrat patruus, partem bonorum dimidiam consequatur; cùm si pater exhæredatus non fuisset, ex edicto filio jungeretur. Eodem modo responderi potest ad *d. l. 9. §. 2. de lib. & post.* jus filii *eo loco* abscissum dici comparativè, respectu sc. ejus, qui apud hostes est, cujus jura omnia in suspenso retinentur propter spem postliminii. Aut si magis placet emendatio Ant. Fabri 10. *conj. 12.* pro illis verbis, *filii jus*, lege, *illius jus*: ut hoc referatur ad nepotem, cujus sanè jus per exhæredationem patris penitus abscissum est in tantum, ut nec defuncto ante aditam hæreditatem pater ad successionem avi admittatur, *d. l. 9. §. 2. d.l. 6. de injust.rupt. test. l. 7. unde lib.* quæ emendatio eo probabilior est, quia & sententiæ Jurisconsulti locus sic restitutus melius convenit, & lectio loci mirè variat, ut videre est apud Accurs. *Bart.* Alciat. & in editione Robert. Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum, quod primo propositum fuit: utique enim cùm verum sit, exhæredatum morienti patri hæredem non existere, consequens est, nec suum esse, quo tempore pater moriatur: alioqui necessario potestate juris statim hæres existeret, & obstaret hæredi instituto, quominus ipse directo hæres esse & jure civili hæreditatem cernere posset, *arg. l. ult. de acq. hær.* quod falsum esse patet ex *d. l. 6. in pr. de injust. rupt. test. l. filium 20. de bon. poss. cont. tab.* Quamobrem sic omnino statuendum arbitror, vivo adhuc patre, cui testamentum mutare licet, ex-

exhæredationem non impedire, quominus filius exhæredatus adhuc inter suos hæredes habeatur: atque ideo nepotibus ex se natis obstare, quominus in locum ipsius & gradum ascendant. Sed & post mortem patris, quamdiu adhuc ab intestato succedere potest, pro suo interim haberi, quoniam rescisso aut deserto patris testamento suus hæres nihilominus patri existit, perinde ac si nulla exhæredatio intervenisset, *d. l. filium* 20. *cont. tab. l.* 8. §. *pen. de inoff. testam.* Verùm enim verò exhæredatio confirmata fuerit adita ex testamento hæreditate, hac consideratione exhæredatus amplius pro suo haberi non potest, cùm verum sit, eum patri suum hæredem non extitisse, nec existere posse, *d. l.* 1. §. *pen. de suis & legit.* add. Gomez 1. *res.* 11. *n.*9. Hotom. 9. *obs.* 10. Ant. Fab. 9. *conj. ult.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 16. *n.* 4. Bachov. *hic*, add. Val. Reimer. *decis.* 6. *disp.* 1. *thes.* 4.

Textus.

Pupillare testamentum sequela paterni.

5. *Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat; nam pupillare testamentum pars & sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.*

Notæ.

5. *Nisi & sibi faciat*) *D. l.* 2. §. 1. Immo nisi sibi prius faciat, deinde filio, nec converso modo à filii testamento incipiat, *d.l.*2. §. 4. *& ult.* utique si ex intervallo diversisque tabulis sibi pater hæredem scribat, & filio substituat, quod facere potest, *l.* 16. §. 1. *l.* 20. §. 1. *eod.* Cæterum si conjunctim, eodem tempore, ac contextu utrumque fiat, licet ordinem convertere, veluti si ita scribat, *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus hæres esto: Filius hæres esto*, *d. l.* 3. §. 5.

Nec si ii valebit) Fac. ratio in *l.* 129. §. 2. *l.* 178. *de reg. jur. c. accessorium* 42. *in* 6. Puto tamen hodie tabulas pupillares non infirmari, quamvis exhæredatus querelam novi testamenti obtinuerit per *Nov.* 115. *c.*3. *in fin.*

Commentarius.

1 *Patrem prius sibi debere testamentum facere, deinde filio, nec converso modo à filii testamento incipere; nisi conjunctim unoque textu utrumque fiat.*

2 *Patris testamento non subsistente & filii nullum esse, aut corruere.*

3 *Cur rescisso per querelam testamento patris substitutio pupillaris concidat, petita cont. tab. bonorum possessione non item?*

4 *Jure novissimo etiam expugnato per querelam testamento patris, salvam manere substitutionem pupillarem.*

Permissum quidem patri est, suo testamento perfecto, alio tempore filio testamentum facere, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* aut sibi per scripturam, filio per emancipationem, vel contra, *l. patris* 20. *eod.* & vel instituto filio vel exhæredato. Cæterum necessarium omnino est, ut sibi quoque hæredem faciat, qui filio vult facere, *l.* 2. §. 1. *eod.* Incongruens enim visum est, eum, qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo hæredem testamento dare: tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filii accessorium & paterni appendicem, ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula, *l. nihil dolo* 129. §. 1. *de reg. jur. c. accessorium* 42. *eod. tit.* Cæterum hoc in paganis obtinet: militi enim ex privilegio indultum, ut soli filio hæredem facere possit, tametsi sibi non fecerit, *d.l* 2. §. 1. *l. in fraudem* 15. §. *pen. de test. mil.*

Nisi & sibi faciat) Immo nisi sibi prius faciat, deinde filio: nec converso modo à filii testamento incipiat, *d. l.* 2. §. *prius* 4. *&* §. *ult.* Quippe hic ordo naturæ est, ut sit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus, quod per se solum subsistere nequit. Filii autem testamentum sequela est & accessio paterni, ita ex paternis tabulis pendens, ut sine illis non subsistat. Merito itaque Juliani sententia rescripto Imperiali comprobata est, patrem prius sibi debere, deinde filio hæredem scribere, neque hunc ordinem convertendum esse, incipiendumve à testamento filii, *d. l.* 2. §. 4. Minimèque audiendus est Goveanus, qui *lib.* 1. *var. lect.* 8. *in d.* §. 4. pro *comprobata* reponit *improbata*, motus ratione, qua Ulpianus mox utitur, quia constet, unum esse testamentum. Nam ista ratio non evertit Juliani sententiam, ut Goveano videtur, sed confirmat. Objici quippe poterat, duo hic testamenta esse, unum patris, alterum filii, §. 2. *sup. eod.* ac proinde parum referre, ab utro incipiatur. Cui objectioni occurrit Ulpianus tacitè significans, si revera duo diversa hic essent testamenta, facilè se concessurum, nihil interesse, utrum prius posteriusve factum sit: sed quia unum dumtaxat revera testamentum est, quod duas quidem partes

tes habebat, sed quarum illa, qua hæres instituitur filio, pendeat ex altera, qua hæres instituitur patri, rationem exigere, ut ea pars præcedat, quæ principalis est, sequatur altera, quæ ex priori dependet, & sine ea consistere non potest. Atque hæc ita obtinent, si ex intervallo diversisque tabulis pater sibi hæredem scribat, & filio substituat. Si verò conjunctim eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet substitutionem valere, licet conversa scriptura filii testamentum factum fuerit. Veluti si quis ita scripserit, *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus hæres esto. Filius hæres est, d.l. 2. §. sed & si 5.* & merito, quia in conjunctionibus nullus ordo est, nec quicquam interest, utrum prius, utrùm posterius dicatur scribaturve, teste Alfeno, *l. cum quidem 14. de pecul. leg. fac. l. si ita 28. de hær. test.* Ad hunc modum hæc explicant Zas. *ad d. l. 2. §. 4. num. 8.* Duar. *in comm. ad hunc tit. c. 14.* Vigl. *hic*, citans Jason. & DD. ultramontanos. Angelus etiam communem hanc esse sententiam testatur.

Nec filii quidem valebit) Nam, ut dictum est, cùm principalis causa non subsistit, ne ea quidem, quæ sequelæ & accessionis vicem obtinent, consistere possunt, *l. nihil dolo 129. §. 1. l. cum principales 178. de reg. jur. c. accessorium 42. eod. in 6.* Hinc fit, ut non tantùm
2 ab initio pupillares tabulæ non subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit; verùm etiam corruant, si patris testamentum, quod rectè factum erat, postea infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quasi agnatione sui hæredis, *l. 2. in pr. hoc tit.* aut inofficiosum in totum pronuntietur, *l. 8. sed nec 5. in fin. de inoff. test.* aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hæreditate, *d. l. 2. §. 1. l. 10. §. 4. eod.* Planè si suus hæres testamento patris sit institutus, puta pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quàm ut is mortuo patri sit superstes, licet se abstineat: nam vel nudæ sui hæredis existentiæ hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, *l. 12. hoc tit.* de quo plenè scripsimus ad *pr. hujus tit.* Illud ali-
3 cui mirum videatur, quod cùm, rescisso per querelam testamento, substitutio pupillaris concidat, eam tamen placet valere, cum præterito filio contra tabulas bonorum possessio petita est, *l. ex duob. 34. in fin. & l. seq. eod.* non enim minus sic testamentum rescinditur, reditque res ad causam intestati, quàm ex causa inofficiosi, *l. ut liberis 17. C. de collat.* Ergo hoc ex eo esse puto, quod querelæ inofficiosi hic color prætexitur, quasi testator sanæ mentis non fuerit, cùm testamentum ordinaret, *l. 2. l. 13. de inoff. test.* ut proinde, eo rescisso perinde omnia haberi debeant, ac si testamentum nullum factum esset, aut ab eo factum, qui testamenti factionem non habuit, nihil ut ex eo testamento valeat, *l. 8. §. pen. l. cum mater 28. d. tit.* Hoc autem prætextu non petitur aut conceditur contra tabulas bonorum possessio. Occurrit etiam, quod prætoria remedia non ultra operantur, quàm prætor voluit, *l. in conventional. 52. de verb. obl.* Cùmque prætori hoc curæ sit, ut beneficii sui fines sic regat, ut quam potest minimum detrahat juri civili, & omnino ne cui noceat, credibile est, ob hanc causam noluisse eum vim auxilii sui porrigi ad tabulas pupillares, ne, dum aliis opitulatur, utilitatem impugnet pupilli. Ad hæc nec prætor ipse omnino pro nullo habet testamentum, contra quod bonorum possessionem pollicetur: nam si hoc septem testium signis signatum sit, etiam scriptis in eo hæredibus, dat bonorum possessionem secundùm tabulas, scilicet si liberi præteriti, quorum causa potior est, non petant, *l. 2. in pr. secund. tab.* Ut adeo nihil mirum sit, substitutionem pupillarem, quæ edictum prætoris non offendit, salvam manere. Qua de re vide quæ superius disputavimus *sub tit. de exhær. lib.* Hodie ex novella Justiniani le- 4
ge, etiamsi per querelam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio salva manebit, quemadmodum & legata cæteraque capita firma manent præter institutionem, *Nov. 115. c. 3. in fin,* unde *auth. ex causa, C. de lib. præt.* & ibi comm. DD. Equidem scio, Dynum & Petrum à Bellapert. contendisse, ea tantùm ex novella ista lege rescisso testamento salva manere, quæ institutionem hæredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes: secus adhuc esse in iis, quæ hæredis institutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque & Covarruviæ probati *in cap. Raynut. §. 6. num. 3.* Cæterum mihi verba illa Novella, *& alia capitula*, non ob aliam causam videtur addidisse Justinianus, quàm ut omnia capita comprehenderet extra institutionem, ac licet pupillaris substitutio & ipsa sit institutio, palam tamen est, illic per institutionem, quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam, qua scilicet pater sibi hæredem scripsit, non qua filio, quæ tantùm pars est & sequela paterni testamenti: pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut salva maneat substitutio, ob quam causam & olim everso per bonorum possessionem cont. tab. testa-

men-

mento patris conservata fuit, *l. ex duobus* 34. *in fin. cum l. seq. hoc tit.*

Textus.

Quot liberis substituitur.

6. Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos custodiri velit.

Commentarius.

1 *An postquam mater una cum fratribus defuncti ad legitimam hæreditatem vocata est, adhuc locus sit dispositionis hujus §.?*

2 *An non saltem, quo mater excludatur, dici possit, fratres per fideicommissum mutuo substitutos esse?*

Qui plures liberos impuberes habet, si neminem eorum intestatum decedere velit, potest singulis, quos voluerit substituere, aut ipsos invicem & reciprocè, eique, qui novissimè impubes mortuus fuerit, substituere alium aliquem, *l. si pater* 25. *hoc tit.* Quod si uni tantùm substituit, hic solus testatus decedet: cæteri intestati. Unde si postremo morituro tantùm substituerit, jus legitimarum hæreditatum inter fratres conservare voluisse intelligitur; *l. vel singulis* 37. *eod.* unde hic locus sumptus est.

Intestatum decedere) Nota, impuberes etiam dici intestatos decedere, etsi ipsi testamentum facere non possunt; sicut vice versa testati decessisse dicuntur, cùm pater eis testamentum fecit. Porro an propriè vox intestatus impuberibus, furiosis & similibus personis attribuatur, ita ut statuta de successione intestatorum loquentia ad eas quoque personas intelligi debeant pertinere, tractamus *inf. tit.* 1. *lib.* 3. *in pr.*

Jus legitimarum hæreditatum) Nam cùm cæteris, nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in ætate pupillari facere possint, necessario evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hæreditates ex lege 12. tabb. ad superstites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta substitutus ejus consequetur. Unde quæritur, cùm
1 hodie ex *Nov.* 118. *cap.* 2. mater defuncti una cum fratribus ad legitimam hæreditatem vocetur, adeoque fratres consanguineos tantùm, sive ὁμοπατρίας excludat, utrum nihilominus adhuc in casu proposito novissimo morienti substitutus bona etiam cæterorum integra consequatur, an mater partem eorum auferat, easque dumtaxat partes ferat substitutus, quæ morte fratrum ad impuberem pervenisset, nulla facta substitutione? Prius illud dicere non possumus, nisi fingamus, substitutionem novissimo factam ad omnes pertinere, singulosque invicem tacitè substitutos, & postremum morientem prædefuncto. At hoc vetat hic ipse locus. Ait enim Imp. cùm novissimo tantùm substituitur, jus legitimarum hæreditatum inter fratres integrum custodiri. Si verò mutua hìc fingatur substitutio, priorum morientium superstites non legitimi hæredes, sed ex testamento essent, omnesque decederent testati. Proinde dicendum, ut olim in casu proposito inter fratres, quippe qui soli à lege vocabantur, legitimæ hæreditates salvæ manebant, ita hodie etiam matri, postquam ea una cum defuncti fratribus admissa est, jus legitimæ successionis integrum manere, atque ad substitutum eas dumtaxat partes pertinere, quæ in hæreditate ultimi defuncti reperiuntur. Sed dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommissum inducimus, ut ipsi fratres, si non 2
directo, saltem per fideicommissum invicem substituti videantur? Ita enim Paulum in specie non dissimili respondisse. *l. Titia* 87. §. 2. *de legat.* 2. Species hujusmodi est, de qua consulitur; Testator certum fundum legavit Titio & Mævio, fideique eorum ita commisit, *ut qui ex eis ultimus decessisset, eum fundum, cum moreretur, restitueret Sempronio.* Respondet Jurisconsultus, in eo fideicommisso testatorem duos videri gradus substitutionum fecisse, unum, ut is, qui ex duobus prior moreretur, alteri restitueret, quod colligit ex verbis, *qui ultimus decesserit*; alterum, ut novissimus restitueret Sempronio. Sed non est hæc species similis nostræ. Rectè Jurisconsultus in *d. l. Titia* 87. §. 2. ex eo, quod testator proponitur eum, qui ex duobus, quibus fundum legaverat, posterior moreretur, rogasse, ut eum fundum alii restitueret, colligit alterum fideicommissum: non enim rogatus proponitur de restituenda dumtaxat parte sua, sed de toto fundo, ac proinde etiam de parte collegatarii præmortui. Jam verò, quia hoc facere non potest, nec implere fideicommissum expressum, nisi collegatarii quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eam defuncti fuisse voluntatem, ut qui ex collegatariis prior moreretur, superstiti partem suam restitueret. In casu verò nostro nihil est, quamobrem præter substitutionem novissimi aliam aut fidei-

deicommissum inducamus; non enim in universa hæreditate, sed ultimi morientis tantùm bonis substitutio facta proponitur.

Textus.

De substitutione nominatim aut generaliter facta.

7. *Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti*, Titius hæres esto: *aut generaliter, ut* Quisquis mihi hæres erit. *Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti sunt.*

Commentarius.

1 *Generali formula substitutionis sollos illos vocatos intelligi, qui hæredes nominatim scripti sunt.*

2 *Ex eadem formula solos venire, qui patri hæredes extiterunt.*

3 *Ejusdem formulæ hunc esse effectum, ut substituti easdem ex institutione partes consequantur, quas in patris hæreditate habuerunt.*

Substitutio pupillaris vel specialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo, *Filius meus hæres esto. Si filius impubes decesserit. Titius hæres esto.* Vel generaliter, veluti, si pluribus hæredibus institutis, testator his verbis filio substituat: *Quisquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres esto, l. 3. l. 38. l. 10. hoc tit. l. ult. C. eod.* Ad quem modum vulgaris substitutio non rectè conciperetur; nam hæc formula, *Quisquis mihi hæres non erit*, &c. in infinitum producitur. Non est verò eadem vis generalis & specialis substitutionis, ut in calce exegeseos hujus §. ostendemus, cùm cognita nobis erit potestas clausulæ generalis sive horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit*, &c. quàm solam hìc explicat Justinianus.

Qui & scripti sunt hæredes & extiterunt, & pro qua parte) Paucissimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit.* Primus hic est, quod his verbis vocati intelligantur illi soli, qui hæredes nominatim scripti sunt, non alii, qui forte per eos, qui scripti sunt, hæredes extiterunt. Itaque nec dominus, qui per servum, nec pater, qui per filium hæres extitit, ex hac clausula ad hæreditatem impuberis admittitur: quippe quibus non judicio defuncti, sed vi potestatis vel dominicæ vel patriæ hæreditas obvenit, *l. 3. l. 8. §. 1. eod.* Eadem-que ratione nec hæredis hæres admittetur, *d. l. 8. §. 1.* licet alias hæredis appellatione etiam hæres hæredis contineatur, *l. hæredis 65. l. sciendum 70. de verb. sign. l. qui per successionem 194. de reg. jur. l. ult. C. de hær. inst.* nec is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, ut rectè docet D. Vigl. *hìc.* Cæterum quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum est, si hoc solo obtentu hæreditatem pupilli ex substitutione ad se pertinere contendat, quod patris bona jam apud se per servum quæsita habeat. Non enim inspicitur, apud quem patris hæreditas sit, sed quis à patre expressè & immediatè ad hæreditatem vocatus. Ideoque, si servus quæsita domino ex institutione hæreditate, antequam ex substitutione adiret, à potestate ejus exierit, non poterit dominus ex substitutione impuberi hæres effici: sed servus vel ipse sibi hæreditatem impuberis acquiret, si forte manumissus fuerit; vel sit alienatus, novo domino, cujus jussu adierit. At verò, si existente conditione pupillaris substitutionis adhuc in ejusdem domini potestate sit, nihil prohibet, quominus jussu ejus nunc item ex substitutione pupilli hæreditatem adeat, eamque novo hoc suo facto acquirat domino; ut post Jo. Fab. *hìc*, & DD. comm, *in l. filiofam. 11. de legat. 1.* docent Vigl. & Bachov. *hìc*, Duar. *in comm. ad hunc tit. cap. 15. & fac. l. 3. hoc tit.* junct. *§. 1. sup. de hær. inst.* Simili igitur modo, si filiusfam. emancipatus fuerit, ipse ex substitutione hæres fiet: si in potestate manserit, patrem hæredem faciet. Alter effectus substitutionis generaliter factæ est, quod ex ea soli veniant illi, qui patri hæredes extiterunt: proinde si hæres scriptus paternam hæreditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli consequendam, quod testamento patris hæres scriptus est: nam alias horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit*, &c. nulla vis esset, cùm à testatore jam ante hæredes scripti sint, qui ea conditione substituuntur, *d. l. 8. in fin. pr. hoc tit.* Tertius effectus est, quod generali formula substituti easdem ex substitutione partes consequuntur in bonis pupilli, quas in ipsius patrisfam. hæreditate habuerunt, *d. l. 8. §. 1. in fin.* Ut hic quoque locus sit regulæ traditæ in §. 2. *præc. tit.* testatorem eas videri in substitutione partes cuique dedisse, quas in institutione expressit. In substitutione nominatim facta, sive speciali, converso ferè modo hæc se habent. Nam primo necesse non est, ut is, qui nominatim substitutus pupilli hæreditatem vindicat, hæres à patre scriptus sit. Deinde etsi hæres ex parte scrip-

scriptus est, non eo tamen minus ex substitutione admittitur, quod patris hæreditatem repudiavit, modo utramque nunc amplectatur, nisi sub ea conditione substitutus sit: *Si hæres erit*, *d. l.* 8. *in pr.* junct. *l.* 10. §. 3. *eod.* Postremo nominatim substituti, non hæreditatis partes, id est, quæ singulis adscriptæ sunt in institutione, sed viriles sive æquales habebunt, per ea, quæ tradidimus *sub.* §. 2. *tit. præc.*

Textus.

Quomodo substitutio pupillaris finitur?

8. *Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest: fœminæ usque ad duodecim annos. Et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.*

Notæ.

8. *Evanescit substitutio*) Quamvis longuis tempus comprehensum fuerit, *l.* 4. *eod.* quod autem evanescit, nec ad causam fideicommissi proficit.

Commentarius.

1 *Pupillarem substitutionem extingui anno quartodecimo, aut duodecimo completo, licet non superato.*

2 *Si longius tempus comprehensum fuerit, an post pubertatem substitutio valeat jure fideicommissi?*

3 *An ad causam fideicommissi trahatur, si demum à pubertate substitutio incipiat?*

Dictum supra est, pupillarem substitutionem introductam esse ex hac causa, quod cùm liberi in ea ætate essent, ut ipsi sibi testamentum facere non possent, utile atque ex re ipso rum visum fuerit, ut parentes eis facerent, Quamobrem cùm ad eam ætatem pervenerunt, qua jam ipsi testari possunt, cessante fine substitutionis, merito placuit, eam extingui: alias, quod iniquissimum est, civi Romano puberi testamenti factio auferretur, *l. ex facto.* 43. *hoc tit.*

Usque ad quatuordecim annos, &c.) Masculi enim anno quartodecimo, fœminæ duobus annis maturius puberes fiunt, *sup. quib. mod. tut. fin.* á qua ætate jam ipsi testamentum facere possunt, *l.* 5. *qui test. fac.* Ait, *usque ad quatuordecim annos*, quibus verbis significat, omne spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, finem autem hujus arbitrii esse pubertatem. Quapropter si quis verbi causa ita substituit: *Si filius meus intra decimum annum decesserit, &c.* pupillusque ad eos annos pervenerit, expirat substitutio, licet postea decesserit intra annum decimum quartum, *leg. si ita.* 21. *d. l. ex facto.* 43. §. 1. *eod.* At si in substituendo annos pubertatis egressus sit, finietur nihilominus substitutio pubertate, *l. in pupillari.* 14. *eod.*

Si hoc tempus excesserint) Liberi nimirum, quibus facta est substitutio, masculi annos quatuordecim, fœminæ duodecim: neque enim patitur coutextus, ut ad parentes, qui substituerunt, hæc referantur. Quod verò ait *excesserint*, id verbum non puto præcisè hìc accipiendum esse, quasi non satis sit annum quartumdecimum aut duodecimum complesse, eoque non completo, sed superato demum extingui substitutionem: sed potius explicandum ex iis locis, ubi ex professo agitur de ætate, qua cives testamentum facere possunt. Atqui ex quo quis incipit testamentum facere posse, finem capere debet hæc substitutio, utpote quæ hoc uno fundamento nititur, quod ii, quibus fit, sibi non possint hæredem facere. Aliud tamen D. Viglio visum. 1

Evanescit) Etiamsi longius tempus comprehensum fuerit, *d. l.* 14. *hoc. tit.* Sed longiore tempore comprehenso, an non saltem post pubertatem substitutio valebit jure fideicommissi? Finge ita factam, *Si filius intra annum vicesimum decesserit, Titius hæres esto.* Ex hac substitutione constat, filio intra pubertatem defuncto, directo jure succedi, post id tempus non item. Sed quæritur, an non saltem post pubertatem proficiat ad causam fideicommissi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac si filius post pubertatem intra annum vicesimum moriens rogatus esset hæreditatem patris substituto restituere? Communis sententia est testibus Zas. *c.* 5. *de subst. compend.* Covar. *in c. Raynut. de testam.* §. 9. *n.* 29. Jac. *in l. precibus.* 8. *C. hoc tit. n.* 11. ejusmodi substitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius supersit. Quæ sententia mihi verissima videtur. Etenim incoveniens omnino est, ut una substitutio diverso jure pro diversitate temporis censeatur, scilicet ut valeat intra pubertatem directo, & bona tam patris quàm filii, ex quibus una facta est hæreditas, complectatur, post pubertatem jure fideicommissi, & sola patris bona contineat. Nec Jurisconsultus *in d. l.* 14. scribit, substitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehensum est, post pubertatem ad fideicommissum trahi; sed pubertate finiri: quod Justinianus hic expressit verbo significantissimo *evanescere*. Quod si ne illa quidem substitu- 3 tio, 2

tio, quæ demum à pubertate incipit, jure fideicommissi valet, multo minus ullo jure valere poterit, qua etiam ætas pupillaris comprehenditur: nam ut bene disputant Mantic. *7. de conj. ult. vol. tit. 3. n. 9.* Gomez. *1. ref. 7. n. 2.* Christin. *vol. 4. decis. 16. n. 5.* facilius ad fideicommissum trahi potest post pubertatem facta verbis directis in secundum casum substitutio, quàm ea, quæ annos pupillares simul complexa pubertatem certis annis excedit. Sed quoniam iidem DD. & cum his comm. interpretes non concedunt, quod nos pro vero & certo assumimus, nimirum, ne illam quidem substitutionem, quæ à pubertate incipit hoc modo, *Si filius meus post quartumdecimum annum decesserit*; ad casum fideicommissi proficere, id nobis prius quàm hinc abeamus probandum est. Non valere quasi fideicommissum, argumento sit *l. si servus legat. 108. §. si servus alienus. 9. de legat. l. 9. C. de test. man.* quibus in locis servo alieno directa libertas frustra dari dicitur. Quod si favor libertatis verbum directum ad fideicommissum non trahit, nulla res omnino trahet. Et cur testatoris voluntatem, quæ contra leges est, adjuvemus, ut benigna interpretatione inducamus fideicommissum, de quo non apparet testatorem cogitasse? Neque enim, ut quid valeat jure fideicommissi, sufficit, tale esse, quod jure fideicommissi valere posset, si testator voluisset, nisi & voluerit, *l. 1. l. 13. §. 1. de jur. eod. l. ex ea scriptura. 29. qui test. fac. l. quærebatur. 19. de test. mil. l. cohæredi. 41. §. 3. hoc tit.* Sed quid opus est argumentis? Papinianus *l. 17. eod.* omnem dubitationem tollit, cum sic scribit, *Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum frustra fieri convenit*, neque enim frustra fieri diceret, aut rectè diceret, si post id tempus quasi fideicommissum valeret, & verba directa inflecterentur. Non obstat huic sententiæ *l. Scævola. 76. ad Trebel.* quoniam quod Scævola ibi respondet, id in casu illic proposito favore pupilli benignè receptum est, ut ipse significat, & tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis: qui locus est obliquarum non directarum dispositionum. Proponitur pupillus, cui ita substitutio facta, in ætate pupillari decessisse: atque in hac specie respondet Jurisconsultus, benigna interpretatione placere, ut quod valere non potest, ut testamentum pupilli, valeat saltem quasi codicillus ab intestato; cùmque ratio juris non patiatur, ut ex hac substitutione hæredem habeat directo, ut habeat saltem ex fideicommisso, postquam patri concessum, legitimum filii hæredem fideicommisso obstringere. Cæterum sustinebitur hoc fideicommissum usque ad tempus pubertatis: cùm verò pupillus adoleverit, evanescet, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto obsit in libertate testandi, *arg. l. si fundum. 92. §. 2.* junct. *l. quod fideicommiss. 93. de leg. 1. l. cohæredi. 41. §. 3. hoc tit. l. ex facto. 43. §. 1. eod.* junct. *d. l. Scævola. 76.* ita ferme & plerique recentiores Cujac. *11. obs. 25.* Govean. *ad. d. l. 7.* Paul. Bus. *ad l. centurio. 15. eod.* Duar. *comm. in hunc tit. c. 16.* Vasq. *l. 1. de succ. progr. §. 1. n. 118.* Ant. Fab. *15. comm. 12. & 24.* Fachin. *4. contr. 44.* add. Menoch. *de præsumpt. part. 2. lib. 4. tom. 1. præs. 34. & 55.* & quæ nos *sub §. seqq.* VINN. Nec tamen omnes. Nam sunt, quibus contraria sententia videtur probabilior: quia quicquid in fideicommissum legitime flecti potest, facile flecti solet, *§. 1. Inst. quib. mod. test. inf. l. 2. C. comm. de leg. l. 69. pr. ff. de leg. 2. l. 15. C. de testam.* Quæ attulit Vinnius, ad jus vetus pertinent, quem nondum tantum auctoritatis tribueretur fideicommissis tacitis. Vinnii principia in foro vix admittuntur. HEIN.

TEXTUS.

Quibus pupillariter non substituitur.

9. *Extraneo verò, vel filio puberi hæredi instituto ita substituere nemo potest, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hæreditatem ejus vel totam, vel pro parte restituere: quod jus quale sit, suo loco trademus.*

NOTÆ.

9. *Vel filio puberi*) *L. 7. eod.* ubi Papinian. scribit, verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum frustra fieri: ac proinde talis substitutio ne jure quidem fideicommissi valebit; nam quod frustra fit, nullo genere valere intelligitur.

Nemo potest) *Nemo* scil. paganus: nam militi hæc concessa sunt, *l. 5. l. 41. §. 4. de test. mil. l. 15. h. t. l. 8. C. eod.* ut & alia, quæ in paganis non obtinent, *l. 2. §. 1. h. t. l. 15. §. pen. de test. mil.*

Suo loco trademus) *In fin. bujus lib. tit. 23.*

COMMENTARIUS.

1 *Militum privilegia circa directam substitutionem*

nem in casum pupillarem.

2 *Apud Batavos & plerosque alios Belgii populos pupillarem substitutionem locum non habere; & an locus sit exemplari.*

QUæ hoc §. traduntur, omnia consequentia sunt iis, quæ relata sunt initio hujus tit. Nam si parentibus tantùm permissum est, liberis impuberibus, & iis dumtaxat, quos in potestate habent, ita substituere, ut si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur, alius sit eis hæres; ex eo omnino efficitur, neque parentes posse ita substituere liberis, quos in potestate non habent, nec si in potestate habeant, & puberes sint. Postremo nec omnino quemquam alium posse vel impuberi extraneo, vel puberi hoc modo substituere, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus vita decesserit, alius ei hæres sit: in tantum, ut nec jure fideicommissi talis substitutio valeat, ut modo probavimus, & hic locus insuper confirmat, cùm dicat Justinianus, neminem posse extraneo aut filio puberi, in casum, quo hæredes futuri sunt, substituere: sed tantùm permissum esse testatori, ut hæredem institutum per fideicommissum obliget, &c. Cur enim requireret expressum fideicommissum, si ipse directa substitutio in proposito jure fideicommissi defendatur, quod totidem verbis indicare poterat? ut bene disputat D. Viglius *hic*, & Ant. Fab. *15. conj. 12.* contra DD. vulgo: quos sequuntur Gomez. & Mantic. *ubi supra.* Solis militibus concessum est, ut etiam liberis emancipatis, aliisve extraneis, qui hæredes extiterunt, directo substituant: sed hoc jus in his exercetur, quæ à milite ad eum, cui substituit, pervenerunt, non quæ aliunde, *l. 5. l. miles ita. 41. §. 4. de testam. milit.* Ejusdem privilegii est, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest, sive compendio sive expressa certa post pubertatem ætate; ut utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, *l. centurio. 15. h. t.* post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, *l. precibus. 8. C. eod.* & bona dumtaxat patris contineat cum fructibus inventis in hæreditate, *d. l. 15.* id est, ut recte Govean. & Buf. *ibid.* Perez. *ad tit. C. de imp. & al. subst. n. 27. & 28.* cum fructibus pendentibus, & maturis tempore mortis ipsius militis. Nam hi fructus augent hæreditatem, *l. 9. ad l. Falc.* ac per consequens in fideicommissariam hæreditatis restitutionem venire potest: neque ad hos fructus pertinet *l. in fideicommissaria. 18. in pr. ad sen. Treb.* idque etiam crebrius placuit; licet Ant. Fab. *d. loc.* Duar. *d. comm. c. 23.* Hotom. *1. amicab. 17.* Don. *in d. l. precibus. 8.* contendant, hujusmodi substitutiones à milite factas etiam post pubertatem valere jure directo. Vinn. Nec male hi interpretes, ex mea quidem sententia. Favent enim illis *l. 5. ff. de testam. milit.* & *l. 15. ff. h. t.* Ubi substitutus dicitur *capere* bona patris. *Capi* autem dicuntur ea, quæ jure directo valent, uti legata per vindicationem. Ulpian. *tit. 24. §. 2. seq.* Ita fere Merill. *Obs. lib. 6. cap. 5.* ubi & argumenta ab aliis in contrarium adlata eleganter diluit. Hein. Porro de fideicommissaria substitutione tractatur in *fin. hujus lib. t. 23.* Apud Batavos & Zelendos 2 substitutioni pupillari locum non esse, utpote quæ originem trahit à singulari illa Romanorum in liberos potestate, qnæ nobis incognita, tradit D. Grot. *lib. 1. manud. ad Batav. Jur. c. 6. & lib. 2. c. 19. in fin.* & secundùm eum judicatum est. De cætero quoque Belgio (excipienda tamen Frisia) item refert D. Gudel. *lib. 2. de jur. noviss. c. 5. sub. fin.* Nam etsi nos quoque potestatem in liberos nostros habemus, non talem tamen habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria se extendat: atque inauditum est, tantam nunc esse patriam potestatem, ut pater filio hæredem dare queat, qui succedit in universa filii bona, non solùm quæ à patre ipso, sed etiam quæ alinnde accepit, atque adeo dare etiam exhæredato: sed utimur substitntione fideicommissaria. Iidem quoque tradunt, pari ratione mores hodiernos nec quasi pupillarem substitutionem agnoscere, inauditumque esse, patrem filio mente capto ea substitntione, quam ad exemplum pupillaris Justinianus induxit, testamentum facere; eique dare hæredem, Grot. & Gudelin. *ubi sup.* Groenevv. *de leg. abr. hic.* Cæterum hoc non obstante nuper Curia Hollandiæ hujusmodi testamentum rescindere noluit, eo quod, ut allegabatur, exemplaris substitutio neque libera sit, nec avi patriæ potestatis, ut superius illa pendeat, sed in sola humanitate fundata sit: idemque matri & avo materno hìc concessum, quod patri, nec patri minus circa liberos emancipatos, quàm in potestate constitutos, vid. *sup. §. 1. eod.* Quamquam mores nostri totum hoc aversari videntur, dare alii, quantumvis filio, hæredem: & admissa exemplari substitutione in liberis mente captis, ex ratione constitutioni Justiniani eadem porrigenda erit etiam ad liberos impuberes, etiamsi sanæ mentis sint, per ea, quæ *d. §. 1. num. 3.* Curiam tamen pro testamento pronuntiasse, postea

tea intellexi. Sed & gentis nostræ simplicitati conveniens esse multi existimant, ut substitutiones directis verbis in secundum casum factæ, puta si hæredi instituto, & in casum, *si hæres erit*, & intra certum tempus decesserit, alius directo substituatur, valeant jure fideicommissi, quasi factæ in codicillis, *arg. l. Scævola. 76. ad Sen. Trebell.* & exemplo substitutionum militarium, *l. centurio. 15. ff.* junct. *l. precibus.* 8. *C. hoc tit.* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 5. Cyprian. *cens. Belg. hic.* Groenevv. *tract. de legib. abrog. eod.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 3.

Ratio ordinis.

Exposita sunt ea omnia, quæ ad constitutionem testamenti necessaria diximus initio tractatus de testamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria: ut persona testantis talis sit, quæ testamenti factionem habeat; ut testamentum fiat adhibitis solemnitatibus tum communibus, & externis, videlicet præsentibus septem testibus idoneis, &c. tum internis & quorumdam testatorum propriis, scilicet ut pater testaturus liberos, quos in potestate habet, hæredes instituat, aut nominatim exhæredet. His rebus aut una earum deficientibus, testamentum ab initio nullum est, *l. 1. de injust. rupt. irr. fact. test.* Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id, quod hactenus quæsitum est, justum sive jure factum testamentum, *l. 4. qui test. fac.* Quia verò non satis est ad deferendam ex testamento hæreditatem, id ab initio justum esse, nisi & tale ad extremum perseveret, rectè atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos, quibus testamenta rite facta infirmantur, quàm progrediatur ad disputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Quibus modis Testamenta infirmentur.

Testamentum jure factum usque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

NOTÆ.

Donec rumpatur irritumve fiat) *Rumpi* & *irritum fieri* privationem significant, & ideo propriè nonnisi de iis, quæ jure subsistunt, prædicantur, *l. 5. boc tit. de injust. rupto, &c.* privatio enim, ut in scholis dicitur, præsupponit habitum. Quæ verò testamenta non jure facta sunt, injusta & nulla dicuntur, veluti ubi solemnia desunt, aut filius in potestate præteritus est, *l. 1. l. 3. §. 4. l. 6. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

Donec rumpatur irritumve fiat) Ratio infirmandi testamenti non una est: nam & sententia judicis rescinditur, si querela instituta inofficiosum pronuntiatum fuerit, de quo *tit. seq.* & à prætore data bonorum possessione contra tabulas, *tit. de bon. poss. cont. tab.* & citra factum judicis aut prætoris infirmatur sola potestate juris: idque iterum duobus, iisque discretis modis, quorum altero *rumpi* dicitur, altero *irritum fieri.* De testamento rupto disputatur usque ad §. 4. inde de irrito, adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia verò Justinianus rem totam non plenè explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei est, penitus percipi possit ex nostra in singulos hujus *tit.* §§. explicatione. De bonorum possessione contra tabulas, qua & ipsa jure prætorio testamentum rescinditur, demum dicemus in secunda specie acquisitionis per universitatem, *infr. lib. 3. tit. 19.*

TEXTUS.

Quando testamentum dicatur rumpi. Primum de adoptione.

1. *Rumpitur autem testamentum, cùm in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris aut per prætorem, secundum nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui hæredis.*

COM-

Commentarius.

Cum in eodem statu manente testatore) Toties rumpi testamentum dicitur, quoties evertitur manente testatore in eodem statu: cùm verò statum mutat, id est capite minuitur, non rumpi, sed irritum fieri testamentum propriè dicitur, §. 4. *inf. eod.* Apparet igitur, *in eodem statu* hìc dici oppositivè respectu ejus modi, quo testamentum infirmatur ob id, quod testator in eodem statu non mansit: quare expungenda est à paraphrasi Theophili negatio, & pro μὴ μεινάντος, legendum μεινάντος ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως quomodo & in duobus regiis codicibus legi testatur Fabrotus. Porro ut testatoris statu non mutato testamentum infirmetur, uno verbo ut rumpatur, bifariam contingit, agnatione sui hæredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter sequenti, uno uterque exemplo declaratur.

Adoptaverit sibi filium per Imperatorem) Id est adrogaverit; est enim periphrasis adrogationis, quæ species adoptionis est, per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adsciscimus, qui sui juris est. Stante repub. populum auctorem fieri necesse erat, ut annotatum est, *lib. 1. tit. de adopt.*

Secundùm nostram constitutionem) *L. pen. C. de adop.* vide *sup.* §. 2. *eod.* qua disponit, ut si filius extraneæ personæ in adoptionem daretur, jura patris naturalis integra servarentur, si verò persona non extranea, puta avus, neporem ex filia aut filio emancipato in adoptionem acciperet, solvi jus patris naturalis, & transire adoptatum in potestatem & familiam hujus patris adoptivi. Significat igitur, hoc casu per adoptionem testamentum rumpi, quasi agnatione sui hæredis, illo non item; cùm olim distinctè quavis adoptione, sicuti adrogatione, rumperetur; *l. 8. de injust. rupt. test.* Cæterum hi ita rumpunt, si præteriti sint: nam si qui hæres antea institutus erat, postea à testatore adrogetur, vel adoptetur, potest dici, ei satisfactum esse, *l. si quis 18. eod. t. l. filia 23. §. 1. de lib. & posthum.* Quid si exhæredatus sit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani sententiam probat, ut exhæredatio extraneo scripta ei postea adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato, qui postea adrogatus sit, *l. 8. §. si quis 7. & seq. cont. tab. d. l. 23. in pr. de lib. & posth.* credo, quia in persona extranei exhæredatio inepta & nulla est, de quo consule Vigl.

Quasi agnatione sui hæredis) *L. verum 8. de injust. rupt.* multoque certius sui hæredis agnatione vera & naturali, cùm scilicet post testamentum factum testatori filius ex uxore nascitur, *l. 3. §. 1. de injust. rupt.* Similiter si nepos, qui tempore testamenti facti suus hæres avo non erat, patre remoto, in locum sui hæredis vivo avo successerit, quasi agnascendo testamentum avi, quo præteritus est, rumpit, *l. posthumorum 13. d. tit.* quæ species forte hic ideo non repetuntur, quia alibi propositæ sunt, §. 1. & 2. *sup. de exhær. lib.* Huc etiam pertinent liberi naturales suscepti ex concubina, & post factum testamentum legitimati, sive in sequenti matrimonio, sive curiæ oblatione, sive per rescriptum Principis. Nam cùm hi etiam jura suorum hæredum consequantur, §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. Nov. 89. c. 8. & 9.* necesse est, ut & ipsi à patre præteriti testamentum rumpant quasi agnatione.

Textus.

De posteriori testamento.

2. *Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua hæres institutus est, defectus sit; in his casibus paterfam. intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet ruptum à posteriore; & posterius æquè nullas vires habet, cùm ex eo nemo hæres extiterit.*

Notæ.

2. *Superius rumpitur*) Etiamsi nominatim non revocetur, *l. 1. l. 2. eod. l. 27. C. de testam.* Ea quippe voluntas rata esse debet, quæ novissima, *l. 4. de adim. leg.* sic etiam leges posteriores & pacta novissima derogant prioribus. Rumpitur quoque testamentum corruptis tabulis, puta deletis, incisis, cancellatis, &c. *l. ult. h. t. l. 1. §. pen. l. pen. §. 2. sec. tab.*

Aut conditione defectus) Etenim tam solemne riteque per omnia factum testamentum habetur, quo hæres institutus est sub conditione, quàm quo purè, §. 9. *sup. de hær. inst.*

Commentarius.

1 *Vis & effectus incisionis testamenti, deletionis scripturæ, cancellationis, &c.*

2 *Inciso, deleto, cancellato, &c. testamento, utrum hæreditas fisco applicetur, an deferatur hæredibus legitimis?*

3 *An jura de incisione, inductione, &c. agentia accommodari debeant ad testamenta nuncupativa, de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est?*

4 *Cur prius testamentum etiam tabulis manentibus integris semper rumpatur à posteriore?*

5 *Ad infirmandum prius testamentum necesse non esse, ut id in posteriore nominatim revocetur.*

6 *Error Bachovii notatur & corrigitur.*

7 *Quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis?*

8 *Prius testamentum per posterius tolli, etiamsi ex posteriore nemo hæres extiterit.*

9 *Quibus modis fiat, ut hæres deficiat, & testamentum destituetur?*

SEcundus modus, quo testamentum initio rite factum postea rumpitur, est mutatio voluntatis testatoris. Hic modus iterum duplex est; nam & corruptis tabulis ita rumpitur, & integris manentibus. Corruptis, si testator testamentum inciderit, laceraverit, scripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, signa amoverit, aut turbaverit, *tit. de his quæ in testam. delent. l. ult. de injust. rupt. test. l. ad testium 22. §. 3. qui test. fac. l. 1. §. pen. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab. l. 12. l. pen. C. de testam.* nisi forte non consulto, sed incautè quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam tunc si legi adhuc quod scriptum est utcumque poterit, ratum manebit testamentum, *l. 1. de his quæ in test. del. d. l. pen. C. de test.* Planè inductio aut cancellatio non ultra operabitur, quàm scriptura inducta aut cancellata est, *l. 2. & 3. d. tit. de his quæ in test. del.* Neque ex pluribus testamenti codicibus uno deleto aut inciso, testamentum sublatum esse intelligitur, nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, id ideo à patrefam. factum esse, ut intestatus moreretur, *l.*
2 *ult. eod. tit.* His autem modis testamento rupto, hæreditas non applicabitur fisco, sed deferetur hæredibus ab intestato, *d. l. pen. C. de testam. l. 1. §. pen. unde liberi, l. ult. de his quæ in test. del.* nisi speciali odio hæredum inductio facta probetur, quo in casu tamquam ab indignis hæreditatem fiscus aufert, *l. 3. d. tit. l. cum tabulis 16. §. 2. de his quæ ut indign.* Clar. *§. Testamentum, q. 93. num. 2.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 12. tit. 1. n. 31.* Paul. Bus. *ad l. 1. & seqq. de his quæ ut indign.* Quæ de incisione aut cancellatione testamenti dicuntur, ea constat ad testamenta nuncupativa, qua talia sunt, applicari non posse. Sed an his modis item rumpantur, quæ, uti hodie moris est, per nuncupationem quidem fiunt, sed ita ut voluntas suprema jussu testatoris scripto comprehendatur à Notario in scheda, unde mox diligentius exscribatur & in formam redigatur instrumenti, quæsitum est. Julius Clarus *d. loc.* existimat, incisionem aut cancellationem instrumenti ad cassationem & annullationem talis testamenti non sufficere, si protocollum Notarii integrum relictum sit; quod & Viglio placere videtur, *in §. pen. hoc tit.* cùm ait, non minus talia testamenta ex verbis & voce substantiam capere, quàm quæ scripta non sunt, & ideo discerptis scripturis nihilominus permanere: cujus auctoritatem Senatus hujus provinciæ in judicando aliquando secutus est, *decis. Cur. Holl. 1.* eamdemque sententiam & Peckius probat *lib. 1. de test. conjug. cap. 4.* Sed videamus, an non & hæc testamenta in hoc, de quo quærimus, jure scriptorum censenda sint, cum Paul. Castrens. *in l. pen. C. de testam. n. 7.* Vasq. *lib. 1. de success. creat. requis. 8. n. 62. & requis. 17. n. 63.* Grass. *§. testamentum, quæst. 85. num. 2.* Bachov. *in Treutl. vol. 2. disput. 10. thes. 7.* Utique enim ex incisione aut deletione certo colligitur, testatorem noluisse testamentum amplius valere: neque ratio patitur, ut destructo deletove instrumento, in quo tota vis probationis consistit, dicamus, testamentum nihilominus robur suum retinere. Sciendum namque est, postquam ex voluntate testatoris quæ schedula continebantur, in instrumentum collata sunt, simul omnem illius vim in instrumentum collatam censeri: ac proinde, cessante jam officio schedulæ, totam vim depositionis à solo instrumento dependere, adeo ut mortuo testatore nihil amplius ad probationem ultimæ voluntatis desideretur, uti post Gloss. & Bart. *in l. hæredes 21. de testam.* plerique tradiderunt. Sichard. *in l. hac consultissima 21. §. per nuncupationem, n. 1. C. eod.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 1. tit. 6. n. 6.* Afflict. *decis. 166. n. 2.* Neque obstat huic sententiæ *l. ult. de his quæ in testam. del.* quoniam textus ille procedit, quando ex pluribus unius testamenti instrumentis æquè principalibus unum forte testator delevit aut incidit, non omnia, uti species proponitur, & in terminis respondet Castr. *ubi sup.* Etsi autem protocollum Notarii integrum relictum sit, ex eo tamen voluntas ultima conservata intelligi non debet: quoniam protocollum nihil ad testatorem, sed Notarius ex officio illud conficere tenetur fidei & collationis gratia, & quia instrumentum amitti potest.

test. Cæterum priorem sententiam & Senatus Sabaudiæ probavit. Ant. Fab. *C. suo de testam.*
4 *decis. ult.* Integris tabulis manentibus testamentum rumpitur ob mutationem voluntatis, si testator aliud testamentum fecerit; qui modus proponitur hoc §. & hanc rationem habet, quod unumquodque testamentum plenam universi juris successionem continet; ac proinde quicumque testamentum facit, censetur de omnibus bonis disponere, ut non magis duo testamenta simul consistere possit, quàm duo domini ejusdem rei in solidum constituti. Igitur cùm ex pluribus testamentis unum tantùm consistere possit, id valere debet ex voluntate ipsius defuncti, quod novissimè factum est, per vulgata. Non obstat, quod sententia judicis prima, non postrema, rata habetur. Non enim ut testantis voluntas ambulatoria est, ita & judicis: sed judex simul ac sententiam dixit, officio suo functus est; & ideo iterum de eadem re pronuntiandi potestatem non habet, *l. judex 55. de re jud.* Planè ut priores tabulæ jure factæ tollantur, oportet sequentes quoque jure ordinatas & perfectas esse, de quo plenius *sub. §. pen. inf. eod.*

Superius rumpitur) *L. 1. l. 2. de injust. rupt. test.* & quidem ob hoc solum, quod aliud testamentum postea factum est, quod Justinianus significat, *l. sancimus 27. C. de testam.* cùm ait, secundo testamento perfecto, prius tolli
5 ipso jure. Non est igitur necesse, ut posteriore testamento mentio fiat prioris, nominatimve id revocetur, quod ipsius etiam rei natura satis demonstrat: ac proinde supervacua est notariorum clausula, quam posterioribus tabulis inserere solent, nimirum testatorem revocare, cassare, & annullare testamenta antea à se facta. His autem consequens est, & codicillos, si qui facti fuerint, per posterius testamentum everti, quamvis expressè revocati non sint: cùm enim testamento facto codicilli jus ejus sequantur, eo infirmato, simul concidant necesse est, *l. 3. §. ult. l. ab intestat. 16. de jur. eod. l. 1. C. eod. tit.* VINN. Hujus juris elegans ratio reddi potest ex ipsa natura testamenti. Testamentum olim erat lex. Hinc condebatur in comitiis calatis: hinc utendum erat verbis directis & legislatoriis; *hæres esto, damnas esto, capito, finito, &c.* hinc ipsum vocabulum XII. tab. LEGARE, quasi *legem dicere νομοθετεῖν.* Quemadmodum itaque lex posterior tollit priorem: *l. ult. ff. de const. princ.* consequens videbatur: ut & testamentum posterius sine nova revocatione rumperet prius. Et id principium, uti alia retinuere veteres JCti, quum jam obsolevisset ritus testandi in comitiis, & testamenta jam formam mancipationis per æs & libram induissent. HEIN. Quamobrem non rectè Bachovius scribit, generalem clausulam, qua revocatur omnis præcedens dispositio, supervacuam quidem esse, quod attinet ad infirmationem prioris testamenti: cùm id hoc ipso, quod aliud conditum est, evertatur; non autem quoad codicillos antea factos, quippe qui alias cum testamento consisterent. Hoc enim falsum esse, & sublato priore testamento per consequentiam etiam codicillos corruere, etiamsi nulla revocatio prioris voluntatis facta sit, ex locis modo allegatis perspicuè patet. Planè si nullum testamentum, sed codicilli tantùm antea facti proponantur, testamento postea facto, hujuscemodi clausula otiosa non erit, postquam placuit, codicillos, qui testamentum præcedunt, facto postea testamento vim suam non amittere, nisi appareat, testatorem à voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse, §. 1. *inf. de codicill.* Et fortassis hoc etiam sensit Bachovius. Sed quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis? Interpretes commun. 7
censent, prius testamentum habens talem clausulam per posterius quantumvis numeris omnibus absolutum non tolli; ac ne tunc quidem, quando posterius continet revocationem generalem præcedentium omnium dispositionum; sed omnino ad infirmationem primi testamenti derogatorii necessarium esse, ut illius specialis mentio & expressa revocatio fiat in secundo, per *l. si quis 22. de legat. 3.* Gomez *ad l. Tauri 3. num. 52.* Covar. *de test. p. 2. rubr. n. 5.* Valq. *de success. res. lib. 1. §. 1. num. 29. & seqq.* Clar. *d. §. testamentum, q. 99.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 12. tit. 8.* Peck. 1. *de testam. conjug. c. 10.* Graff. §. *testamentum, q. 86. & seq.* Jac. Vervvey *art. test. cap. 13.* Quæ sententia rationi juris parum convenire videtur, *arg. l. 6. §. 2. de jur. Cod. l. ult. in pr. de legat. 2. d. l. 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat. cum simil.* Notatur à Cujac. 14. *obs.* 7. Anton. Merend. *lib. 4. contr. cap. 49.* Ant. Faber eam numerat inter gravissimos errores, quos antiqui Glossatores invexerunt, *decis. 37. err. 7. & seqq. & dec. 58. err. 1. & dec. seq.* In foro tamen recepta ac præjudiciis supremorum tribunalium comprobata est, Guid. Pap. *quæst. 127.* Papon. *lib. 2. tit. de testam. arrest. 4. & 5.* Ant. Fab. *Cod. suo tit. de test. defin. 9. & seq.* Joan. à Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 10.* Nec deest color, quo tegi possit Grot. 2. *manud. cap. 24.*

Nec inter-st, extiterit aliquis hæres ex eo, &c.)
Quæ sequuntur, continent ampliationem 8
quam-

quamdam regulæ initio positæ, nimirum, prius testamentum tolli per posterius, non tantùm cùm ex posteriore hæres extiterit, sed etiam eo destituto, *l.* 1. *l.* 16. *de injust. rupt. test. l.* 9. *de lib. & posth.* Quod hanc rationem habet, quod aditio hæreditatis ad substantiam aut perfectionem testamenti, quæ sola hìc requiritur, non pertinet; nec prioris testamenti sublatio pendet ab eventu aliquo, aut casu contingente post mortem testatoris, sed illud statim vivo adhuc testatore, ipso jure per posterius rumpitur, ut proinde si posteriores tabulæ jure ordinatæ sint, ut ex iis hæreditas adiri potuerit, etiamsi contingat, ex iis hæreditatem non adiri, priores tamen tabulæ utpote semel ruptæ non restituantur. Pari ratione, si posthumus priori testamento institutus, vel exhæredatus sit, posteriore præteritus, & nato posthumo posterius rumpatur, nihilo magis restituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

Si quis aut noluerit, &c.) Enumeratio modorum, quibus fit, ut hæres deficiat, & tes-
9 tamentum destituatur: Id fit in summa dupliciter, vel quia hæres scriptus non vult hæres esse, repudiatque hæreditatem: vel quia hæres esse non potest; quod contingit, si vel decesserit vivo adhuc testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, (neque enim hæreditas non adita ad instituti hæredes transmittitur, exceptis personis comprehensis, *l. un. C. de his qui ant. ap. tab. l. un.* §. *in novissimo* 5. *C. de cad. toll.*) vel quia conditio, sub qua hæres institutus erat, defecit. Hinc autem apparet, prius testamentum non eo minus rumpi per posterius, quod in priore hæres purè, in posteriore sub codditione scriptus est, quamvis in uno eodemque testamento subjecta puræ institutioni conditio nihil operetur, *l. si te* 27. §. 1. *de hær. inst.* Etenim tam solemne riteque per omnia factum habetur testamentum, quo hæres institutus est sub conditione, quàm quo purè, §. *hæres* 9. *sup. de hær. inst.* pendetque hoc totum à sola voluntate testatoris. Contractus verò puros per conditionales non resolvi, mirum non est, veluti si id, quod purè emi, rursus emam sub conditione: nam posteriore emptione ideo nihil agitur, quia jam mihi quæsita est actio ex emptione priore, *l.* 7. *in pr. de resc. vendit.*

His casibus paterfam. intestatus moritur) Id est, exitum intestati facit, res redit ad causam intestati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis testamenti solvitur, adeo ut nihil intersit, utrum aliquis testatus non sit, an hærede destituatur, *l. si nempe* 181. *de reg. jur.* Sed de hoc ex professo *inf. tit. de hær. qua ab int. def. in pr.*

TEXTUS.

De posteriore, in quo hæres certæ rei institutus.

3. *Sed & si priore testamento jure perfecto posterius æquè jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit; superius testamentum sublatum esse, divi Severus & Antoninus Augusti rescripserunt: cujus constitutionis verba & hic inseri jussimus, quum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum sit.* Imperatores Severus & Antoninus Augusti Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed & teneri hæredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. *Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.*

NOTÆ.

Ex certis rebus) Nam non minus rectè instituitur hæres ex re certa, puta ex fundo, quam ex parte hæreditatis, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *l.* 10. *de hær. inst.*

Ac si rerum mentio facta non esset) Rei enim mentio potestate juris detrahitur, *dd. ll.* quia contradictionem implicat, hæredem esse rei singularis. Itaque universa bona obtinebit, nisi cohæredem simpliciter aut ex parte scriptum acceperit: tunc enim legatarii loco est, *l.* 41. *in fin. de vulg. & pup. l.* 23. *C. de hær. inst.*

Ut valeret prius testamentum) Hæc clausula cùm hoc efficere nequeat, ut prius testamentum in suo robore duret, & ita duo sint unius testatoris testamenta, si accepta est, quasi vim prioris testamenti in causam fideicommissi & codicillorum convertere testator voluerit, *l.* 18. *de testam. milit.*

COMMENTARIUS.

1 *Appellatione quartæ Falcidiæ veteres passim & quartam Senatusconsulti intelligere.*
2 *Fideicommissa quandoque induci & sine verbis fideicommissorum propriis ex voluntate testatoris.*

Doctri-

3 *Doctrinam hujus §. ad testamenta militum non pertinere, uti nec superioris.*

ETiamsi ex certis rebus) Alia amplatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano, *l. si quis.* 29. *ad sen. Treb.* descripta, qua docemur, testamentum prius rumpi per id, quod secundo loco factum est, etiam tunc, cùm in posterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut una aliqua re singulari, veluti fundo, institutus est: idque efficitur certissima juris ratione. Nam non minus rectè instituitur hæres ex re certa, quàm simpliciter, aut ex parte hæreditatis; placetque hujusmodi institutionem valere perinde ac si rei mentio facta non esset, ut si quis solus ita institutus sit; is omnium bonorum hæreditatem consequatur, *l.* 1. §. 4. *de hær. instit. l. cohæredi.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* Cùm igitur tale testamentum jure consistat, necesse est, ut si secundo testamento hæres certæ rei scriptus fuerit, prius rumpatur juxta regulam.

Ac si rerum mentio facta non esset) Si quis ex re certa hæres institutus sit, valet institutio, non ut ea re hæres fiat; (nam hæredem esse rei singularis contradictionem implicat, cùm hæres sine universitate bonorum intelligi non possit:) sed ut rei mentione potestate juris detracta perinde habeatur, quasi simpliciter hæres scriptus esset; *l.* 1. §. *si ex fundo.* 4. *l.* 6. §. *si duo.* 13. *l.* 10. *de hær. inst.* & proinde nisi cohæredem habeat, universam hæreditatem obtinebit, *l. cohæredi.* 41. *in fine de vulg. & pup.* Vide, quæ scripsimus *sub.* §. *hæreditas.* 5. & §. & *si plures.* 8. *supr. de hær. inst.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia) Id est, ex Senatusconsulto Pegasiano, quo quartæ ex fideicommisso hæreditatis retentio aut suppletio, si minus relictum est, qui casus hìc proponitur, permissa est: aut potius juxta mentem Justiniani, ex Senatusconsulto Trebelliano; postquam Pegasianum abolitum, & vis ejus omnis in Trebelliano translata est, §. *sed quia.* 7. *inf. de fideicomm. hær.* Familiare autem & perpetuum veteribus est, ut etiam eam
1 quartam, quæ ex Senatusconsulto deducitur, quartam Falcidiæ appellent, uti videre est *in l. ratione.* 30. §. *tametsi.* 7. *l. Titia.* 86. *l. acceptis.* 93. *ad leg. Falc. l. mulier.* 22. §. 2. *l. deducta.* 58. §. 3. *ad sen. Treb. l.* 2. *in fin de jur. eod. l.* 10. *C. ad l. Falc. cum simil.* Quamobrem nescio quid sibi velit Pacius, in margine lectorem monens, ne quartam Falcidiæ hoc loco pro quarta Trebelliani positam somniet. Quin illa potius somniculosi hominis monitio est. In analysi sua cautior fuit. Vinn. Ideo autem quarta hæc vocari aliquando videtur Falcidia, quia SCta sæpe legum nomine veniunt earum, ad quas facta sunt. SCtum autem Pegasianum videtur factum ad L. Falcidiam, & quartam quam illo à legatariis detrahi concesserat, ad fideicommissa protulisse. Rectè Jac. Gothofredus *ad l. Pap. Popp. c.* 17. *p.* 332. *Quæ SCta ad leges sequuta, ea JCti ipsis legibus tribuere solent.* Exemplum est in *l.* 27. *C. de nupt.* ubi *legi Juliæ & Papiæ* tribuitur; quod est ex SCtis *Persiciano*, *Claudiano*, & *Calvisiano*, ad illam legem factis, teste Ulpiano *Fragm. tit.* 16. §. 3. Hein.

Quibus ut valeret prius testamentum) Propter hanc clausulam potissimum verba constitutionis Severi & Antonini jussu Justiniani hìc inserta sunt. Certi juris est, posse testatorem ab eo, quem hæredem instituit, fideicommissum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri restituat; proinde etsi quis in re certa institutus est, quia valet institutio, etiam fideicommissum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. Ut autem fideicommissum utiliter 2
relictum intelligatur, non præcisè requirimus expressionem verborum, quæ fideicommissorum propria sunt, ut, *peto, volo, rogo, fidei tuæ committo*: sed plerumque etiamsi sine his verbis, admittitur ex sententia, & voluntate testatoris, *l. ubi.* 19. §. 1. *ad sen. Trebell.* Quod etiam accidit in proposito, cùm testator posteriore testamento cavet, ut prius quoque testamentum valeat: desunt enim hic verba fideicommissi, sed optima ratione ex eo, quod cautum est, colligitur. Voluit testator, cùm secundum testamentum ordinaret, prius nihilominus valere. Id inutiliter hactenus cavetur, 3
ut ad hæredes priore testamento scriptos directo hæreditas perveniat, ne duo sint testamenta ejusdem testatoris.: sed ut manifesta voluntas defuncti, quod per jus licet, conservaretur, verba directa istius clausulæ ad causam fideicommissi tracta sunt, & benignè sic accepta, quasi hæres posteriore testamento scriptus rogatus esset hæreditatem restituere his, qui scripti sunt in priore. Doctrina hujus & superioris §. ut hoc in transitu moneam, ad testamenta militum non pertinet. Nam militi licet plura testamenta facere, sive simul, sive separatim: nec prius per posterius rumpitur, si hoc animo miles fuerit, ut utrumque valeret. Quamobrem si in posteriore testamento expressè caverit, ut prius quoque valeat; per hoc efficitur, ut duo sint testamenta, & tam prior, quàm posterior voluntas valeat jure directæ institutionis. Sed si posteriore testamento verbis precariis usus fidei hæredis commiserit, ut priores tabulæ valerent; in causam

sam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti intelligitur convertisse, *l. quærebatur 19. de test. mil.*

TEXTUS.

De testamento irrito; & quibus modis sit irritum?

4. *Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is, qui fecit testamentum, capite diminutus sit: quod quibus modis accidat, primo libero retulimus.*

COMMENTARIUS.

HActenus de primo modo infirmandi testamenti ipso jure, quo scilicet infirmatur salvo statu testatoris, & *rumpi* in specie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur statu testatoris mutato: qua mutatione superveniente in usu juris propriè dicitur *irritum fieri*, *l. 6. §. irritum. 5. l. 12. in fin. pr. de injust. rupt. test.*

Capite diminutus) Nec interest, qualis capitis diminutio intervenerit: omnibus enim modis, capitis diminutionis status hominis mutatur, *sup. de ca. dem. lib. 1.* & testamentum non est, nisi hominis liberi, civis Romani, & patrisfam. quæ tria duobus temporibus in testatore requiruntur, testamenti facti & mortis, §. *non tamen. 6. inf. eod.* Si verò quid postea supervenerit, quod statum & conditionem personæ testatoris non mutet, veluti si post testamentum factum in furorem inciderit, aut bonis ei interdictum fuerit, aliud juris est, & testamentum ratum manet. De quo actum *sup. tit. quib. non est perm. fac. test.* Et primum igitur irritum fit testamentum capitis diminutione maxima, quia per eam testator in servitutem redigitur, *d. l. 6. §. irritum. 5.* Excipitur tamen quod factum est ab eo, qui ab hostibus captus est ante captivitatem: quippe quod juris postliminii aut legis Corneliæ commento sustinetur, *d. l. 6. pen. l. 12. qui test. fac. §. ult. sup. quib. non est perm. fac. test.* ubi latius hoc explicatur. Secundo capitis diminutione media; puta si testator in insulam deportatus sit: quoniam hoc modo à numero civium Romanorum tollitur, & ea omnia, quæ juris civilis sunt, amittit, §. 1. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv. l. sunt. quidam. 17. §. 1. de pœn.* Quod autem Jurisconsultus *d. l. 6. §. ejus. 7.* ait, testamentum ejus, qui deportatur, non statim irritum fieri, sed tunc demum, cùm factum princeps comprobavit, id explicandum ex *l. 2. §. 1. de pœn. l. 6. §. 1. de interd. & releg.* atque ad præsidem referendum est, qui jus deportandi non habet: proconsul enim & præfectus urbi habent, *dd. ll.* Postremo & minima capitis diminutione testatoris testamentum ejus irritum fit, puta si se adrogandum dederit, *l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab. §. non tamen. 6. inf. hoc tit.* quoniam filiusfam. nec facere testamentum, nec cum testamento decedere potest. An [illegible] emancipatione filiifam. veterani testamentum de bonis castrensibus factum irritum fiat, quod negat Jurisconsultus, *d. l. 6. §. ult.* alibi tractatum est, §. *denique. 5. sup. de mil. test.* Atque hic casus à testatore venit. Est & alius, qui venit ab hærede, quo & ipso superveniente testamentum irritum fieri dicitur, scilicet si ex testamento nemo hæres exstiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri testamentum, *l. 1. de injust. rupt. irrit. fact. test. l. filium. 29. de bon. poss. cont. tab. & in fragm.* Ulp. *tit.* 23. §. 3. & rectè quidem: nam in hæredis aditione atque existentia consistit vis omnis atque effectus testamenti. Cæterum sæpius hoc casu testamentum dicitur *destitui*, aut deseri, §. *cùm autem. 7. & seqq. de hær. quæ ab int. l. 9. §. de lib. & post. l. ult. de cond. inst.* Nonnunquam etiam distinguitur hic casus à testamento irrito facto, restricto scilicet irriti vocabulo ad ea testamenta, quæ infirmantur statu testatoris mutato *l. 1. in pr. de suis & legit. hær. infr. de hær. quæ ab int. in pr.* Nec videtur hic modus proprius esse hujus loci, in quo id solùm quæritur, an idoneum sit testamentum ad deferendam hæreditatem. Raro etiam hodie contingit, ut testamentum destituatur, postquam Justinianus aliis etiam personis potestatem adeundi fecit, *Nov. 1. ca. 1.* de quo D. Grot. *lib. 2. manuduct. cap. 24. vers. 200. Vvann. er.* VINN. Accedit & alia ratio, quod ejus novum invexerit beneficium inventarii. *l. ult. §. 4. C. de jur. delib.* Quum enim inventarii rite confecti is sit effectus ut hæres non teneatur ultra vires hæreditatis. §. 11. *Inst. de hær. qual. & differ.* non temere quis repudiabit hæreditatem, sine periculo à se adeundam. HEIN.

TEXTUS.

Cur dicatur irritum.

5. *Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur irrita fiant, & ea, quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sint. Sed & ea, quæ jure facta sunt, & postea per capitis diminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sanè commo-*

modius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui; ideo quædam non jure facta ducuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.

NOTÆ.

5. *Hoc casu irrita*) Etiam irritum fieri testamentum dicitur, si ex eo nemo hæres extiterit: *l. 1. hoc tit. l. 20. cont. tab.* Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

NOn est novum in artibus & præsertim in hac nostra disciplina, ut verba, quæ vi sua generalia sunt, doctrinæ & distinctionis causa contrahantur ad significandum certam speciem, quo magis singulæ res singulis verbis ad certam speciem traductis intelligantur; ut hic ostenditur exemplo rupti & irriti facti testamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, contractus, actio, &c. nomina sunt, quæ per se generalem significationem habent; sæpe tamen his certa species ex instituto loquentis denotatur; quod tunc maximè fit, cùm junguntur nominibus cognatæ significationis.

Et quæ rumpuntur, irrita fiant) Rarissimè autem hæc à nostris confunduntur, quamquam tamen aliquando. Ita non attenta hac distinctione usuve speciali horum verborum, irritum testamentum fieri dicitur, cujus tabulæ incisæ aut inductæ sunt, *l. 3. circa fin. l. ult. de his quæ in test. del. l. in fraudem. 15. §. 1. de test. mil.* quo tamen casu testamentum propriè rumpi dicitur, si specialem verborum significationem spectamus.

Quæ ab initio non jure fiunt, irrita sint) Testamentum, quod ab initio non jure factum est, injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione *& l. 1. tit. de injust. rup. irrit fact. test.* Hoc rectè quidem & irritum dici potest, at ruptum nequaquam. Et notandum quoque quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita esse, non irrita fieri: nam irrita esse ea rectè dicimus, quæ numquam constiterunt; irrita fieri, ut & rumpi, ea demum, quæ cùm antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Allegatur à nostris in eam *l. 5. de injust. rupt.*

Singulas causas.) ὡλας εν πανδεις *singula vitia*, ut hæc appellant juris auctores, *l. 1. §. 3. de tab. exhib. l. 2. C. de edict. D. Hadr. toll. l. 11. C. de probat.*

TEXTUS.

Quibus modis convalescit.

6. *Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus hæres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modo defunctus, & civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum fit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere.*

NOTÆ.

6. *Irrita facta sunt*) Sed neque in causa testamenti rupti semper obstat vitium, quo minus ex eo bonorum possessio peti possit, veluti si posthumus præteritus vivo testatore decesserit, *l. 12. de lib. & post.* item si testator supremas tabulas incidit, ut priores supremas relinqueret, *l. pen. §. 2. sec. tab.* Sed & si filius præteritus abstineat, voluntas ex æquo & bono sustinetur, *l. 17. hoc tit.* Non idem est, si testamentum non consistat propter inhabilitatem personæ testatoris aut defectum solemnium, *l. 1. §. 8. sec. tab. l. 12. C. de testam.*

Et suæ potestatis) In eo qui testamento facto se adrogandum dedit, non satis est ad obtinendam ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit, sed requiritur etiam nova aliqua voluntatis, à qua in alienam familiam transeundo recessisse videtur, confirmatio, *d. l. pen. §. 2. sec. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur Triboniani negligentia.*
2 *Testamentum ruptum nativitate posthumi præteriti, eodem ante patrem mortuo, vires recipere.*
3 *Cancellatione, incisioneve posterioris testamenti restitui prius, cujus tabulæ integræ manserint.*
4 *Testamentum irritum factum maxima & media capitis diminutione testatoris, eo restituto convalescere etiam absque nova voluntatis declaratione: secus si testator se adrogandum dederit, & postea, sui juris factus, decesserit.*

HIc locus declarationem continet §. quarti. Meretur autem Tribonianus duplici nomine hic reprehendi: primum quod quæ rupti & irriti facti testamenti communia sunt, ita tradit, quasi unius & nimirum irriti facti essent propria: deinde quia simpliciter scribit, testamenta per capitis diminutionem irrita facto 1

cta jure prætorio convaleſcere, ſi teſtator civis Rom. & ſui juris deceſſerit; cùm in quibuſdam tantùm hoc ſolum ſufficiat, in quibuſdam nova præterea declaratione voluntatis opus ſit, uti mox demonſtrabitur.

Per capitis diminutionem irrita facta) Quæ teſtamenta ab initio propter inhabilitatem perſonæ teſtantis non conſiſtunt, ea ex poſtfacto vires nullo jure capiunt, veluti ſi impubes, aut furioſus, aut filiusfam. teſtamentum fecerint, & deinde teſtamenti factionem habentes deceſſerint; hoc teſtamentum ne jure quidem prætorio ſubſtinetur, ut ex eo bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas peti poſſit, *l. 1. §. exigit. 8. ſec. tab.* Idemque eſt, ſi teſtamentum nullum ſit ob defectum ſolemnium juris; puta quia pauciores quam ſeptem teſtes adhibiti, aut ex ſeptem adhibitis quidam non ſignaverint, *l. 12. C. de teſtam.* De teſtamento autem in quo filius, qui fuit in poteſtate, præteritus eſt, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omnino nullum ſit & maneat jure prætorio. Sed verius eſt, tale teſtamentum jure prætorio omnino nullum non eſſe, ſcriptoſque in eo hæredes, ſi præteritus ſe bonis paternis abſtinuit, poſſe accipere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, *arg. l. poſthumus. 12. in fin. pr. l. filio. 17. de injuſt. rupt. l. ſi duobus. 12. §. 1. cont. tab. l. 2. in pr. ſec. tab.* quod prolixè contra communem defendimus *ſub. tit. de exhær. lib.* Hæc autem non ſunt propria hujus loci: quippe in quo agitur de teſtamentis, quæ ab initio rectè facta deinde infirmata ſunt; quæriturque, an poſtea, ſublata cauſa infirmationis, jure aliquo convaleſcant. Imperator quidem hoc in una tantùm ſpecie proponit, quando teſtamentum irritum factum eſt, ſive infirmatum ob id, quod teſtator capite minutus ſit; attamen ad aliam quoque ſpeciem eadem quæſtio pertinet, cùm ſcilicet ruptum eſt, ſeu everſum, teſtatoris ſtatu non mutato. Videamus ergo de rupto, & de eo prius: poſtea cogrituri de altera ſpecie, de qua hic agitur. Didicimus, teſtamentum rumpi duobus modis, agnatione ſui hæredis, & mutatione
2 voluntatis. Fingamus igitur, poſthumum præteritum vivo patre deceſſiſſe; quæritur; an teſtamentum ruptum nativitate poſthumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat? Et reſponſum eſt, ſi teſtamentum ſignatum fuerit, poſſe hæredem ſcriptum bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accipere eo effectu, ut rem obtineat, licet ſcrupuloſitas juris refragetur, *l. poſthumus. 12. de injuſt. rupt.* Unde intelligimus, jure quidem civili teſtamentum non reſtitui, ſed tamen prætorem ex bono & æquo voluntatem teſtatoris tueri. Additur in reſponſo, hoc ipſum etiam confirmatum eſſe reſcriptis Imperatorum: quæ confirmatio ideo fortaſſis acceſſit, quia poteſtatem prætoris excedere videri poterat, quod ex teſtamento intrinſecus vitioſo defenderet hæredi ſcripto bonorum poſſeſſionem cum re contra eos, qui alioqui rem ab inteſtato auferrent. Planè ſi poſthumus præteritus naſcitur poſt mortem teſtatoris, licet illico decedat, teſtamentum non reſtituitur, nec omninò cùm decedit patre jam mortuo: nam cùm ſuus hæres ſit patri, ſtatim patri ipſo jure hæres exiſtit, & moriens hæreditatem ſub jure quæſitum tranſmittit ad quoſvis hæredes legitimos; ad cujuſmodi ſpeciem pertinet *l. 2. C. de poſt. hær. teſt.* Cujac. *ad l. 7. de lib. & poſth.* Fingamus rurſus, teſtatorem teſtamentum, quod ſecundo loco fecerat, ac proinde quo prius ruptum erat, incidiſſe aut cancellaſſe; quæritur, an reſtituatur prius, cujus tabulæ integræ manſerunt? Papinianus reſpondit, ſi id hoc animo à teſtatore factum ſit, ut priores tabulas ſupremas relinqueret; voluntatem quæ defecerat recenti judicio rediſſe, & poſſe ſecundum tabulas priores bonorum poſſeſſionem peti, *l. pen. §. 2. ſec. tab.* At inquies, an non ſic teſtamentum citra ullam ſolemnitatem nuda voluntate conſtituitur? Negat hoc Juriſconſultus *d. loc.* atque hanc objectionem ſic removet, ut dicat, non quæri hic de jure teſtamenti, ſed de viribus exceptionis. Quo ſignificat, recenti iſto judicio & ſimplici voluntate teſtatoris non conſtitui novum teſtamentum; ſed ſi ſcriptus priore teſtamento hæres agat & hæreditatem vindicet, eique objiciatur exceptio mutatæ voluntatis, poſſe eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reverſæ, ſi conſtet, teſtatorem hoc animo poſterius teſtamentum incidiſſe, ut prius iterum valere vellet. *Utique enim hic animus ab hærede ſcripto omnino probandus eſt, per codicillos puta, aut alias litteras, quibus teſtator palam declaraverit, ſe velle priores tabulas valere, alioqui eum, tamquam quem utriuſque voluntatis pœnituerit, inteſtatum potius decedere voluiſſe interpretabimur, *d. l. pen. §. 2.* Unum tamen adhuc obſtat, quod prius teſtamentum dicitur rumpi ipſo jure, *l. ſancimus. 27. C. de teſtam.* Quomodo ergo agi poterit ex eo, quod ipſo jure ruptum eſt? Reſp. quod ipſo jure prius rumpi dicitur, id dici certo reſpectu, quoniam rumpitur hoc ſolo quod aliud factum eſt, etiamſi teſtator prius non revocaverit. Et li-

licet quatenus poſterius teſtamentum conſideratur ut adhuc conſiſtens & validum, prius ita ſublatum intelligatur, ut nihil in eo ſcriptum valeat, ne quiſquam ipſo jure agere, aut quid petere ex eo poſſit; non ideo tamen abſurdum videri debet, quod poſteriore inciſo aut deleto ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippe cujus tabulæ integræ relictæ ſunt, & utique jam poſtremæ: nam quod jus extinctum reviviſcere negatur, id non obtinet, cùm à re, quæ, ut DD. noſtri loquuntur, eſſentiam ſuam formalem & materialem retinuit, removetur impedimentum. D. Menoch. *conſ.* 176. *lib.* 2. Fachin. 5. *cont.* 93. D. Tulden. *comm. hic, cap.* 5. Jo. Decker. 2. *diſſ.* 3. *num.* 30. Ac proinde putarem, teſtamentum hoc caſu valere etiam jure civili. Jam tempus eſt, ut ad textum §. noſtri accedamus, in quo tractat de convaleſcentia teſtamentorum, quæ per capitis diminutionem teſtatoris infirmata ſunt, uno verbo irrita facta.

Si ſeptem teſtium ſignis ſignata) Hoc enim ſolum, ſemper tamen in danda bonorum poſſeſſione juxta tabulas prætor ſpectat, an teſtamentum ſeptem teſtium civium Romanorum ſignis ſignatum ſit, *l. poſthumus* 12. *in pr. de injuſt. rupt.* Ulp. *tit.* 23. §. 3. *& tit.* 28. §. 5. Ita enim obſignatum eſſe oportet, ut jure prætorio valeat, ſeu eo jure, quo obſignatio introducta eſt, §. 2. *ſup. de teſt. ord.*

Si modo civis Romanus & ſuæ poteſtatis mortis tempore) Nihil amplius exigit ad petendam bonorum poſſeſſionem ex eo teſtamento, quod per capitis diminutionem irritum factum erat, quàm ut teſtator mortis tempore civis Romanus & ſui juris fuerit, omiſſa eleganti diſtinctione, quam nobis ſuppeditat Papinianus *l.*
4 *pen.* §. 2. *ſec. tab.* Etenim intereſt, an ei, de cujus integri capitis poſtea mortui teſtamento quæritur, maxima mediave, an minima contigerit capitis diminutio. Si maxima aut media, verbi gratia ſi capite damnatus ſit, & Princeps damnatum in integrum reſtituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi poſſit mutatio voluntatis teſtatoris, nihil cauſæ eſt, cur ad convaleſcentiam teſtamenti plus deſideremus, quàm ut teſtator priſtinum ſtatum receperit, *l.* 6. §. *pen. de injuſt. rupt.* Putarem etiam, teſtamentum damnati capitis indulgentia Principis poſtea reſtituti ita convaleſcere, ut non ſolùm jure prætorio valeat, ſed jure etiam civili propter comparationem horum teſtamentorum cum eorum teſtamentis, qui capti ab hoſtibus poſtliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum teſtamenta jure civili vires recipere beneficio poſtliminii aut confirmatione legis Corneliæ conſtat, *d. l.* 6. §. *pen.* niſi quis putet, comparationem illam pertinere dumtaxat ad ipſam convaleſcentiam, non ad modum convaleſcendi. At verò ſi minima capitis diminutio intervenerit, puta ſi quis teſtamento facto ſe adrogandum dederit, non ſatis eſt ad reſtitutionem teſtamenti, obtinendamque ex eo bonorum poſſeſſionem quod poſtea ſui juris effectus deceſſerit: ſed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate teſtamentum confirmatum ſit. Et merito: quoniam qui ſe dat in adrogationem, non obſcurè à priori voluntate recedit, cùm ſciat, ſe una cum capite fortunas quoque ſuas in alienam familiam transferre, ut diſputat Papin. *d. l. pen.* §. 2. *ſec. tab.* ex quo hoc explicandum quoque, & ſupplendum eſt, quod ſimpliciter item Paulus ſcripſit, teſtamentum valere, *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.* ita ferme & Bart. *in d. l.* 6. §. *pen.* Mynſ. & Schneid. *hic.* Connan. 9. *comm.* 7.

Et tempore mortis in adoptivi patris familia) Supple, *aut in ſervitute, aut conditione peregrinantis.* Omnino enim prætor exigit, ut is, cujus bonorum poſſeſſio datur, utroque tempore jus teſtamenti faciendi habuerit, & cùm facit teſtamentum, & cùm moritur: intermedium autem tempus non curat, *l.* 1. §. *exgit.* 8. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Ulp. *in fragm. tit.* 23. §. 5.

Textus.

De nuda voluntate.

7. *Ex eo autem ſolo non poteſt infirmari teſtamentum, quod poſtea teſtator id noluerit valere: uſque adeo, ut & ſi quis poſt factum prius teſtamentum, poſterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum ſit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, niſi ſequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint: nam imperfectum teſtamentum ſine dubio nullum eſt.*

Notæ.

7. *Id noluerit valere*) Niſi poſt lapſum decennii à condito teſtamento voluntatem revocaverit, ad minimum coram tribus teſtibus, *l.* 27. *C. de teſtam.*

Uſque adeo) L. 2. *hoc tit. l.* 18. *de leg.* 3. *l.* 12. §. 2. *c. de teſtam.* Excipe imperfecta teſtamenta militum parentum inter liberos item niſi in poſteriore teſtamento imperfecto ſcripti, qui ab inteſtato veniunt, *d. l.* 2. *hoc tit. d. l.* 21. §. 1. *cum auth. ſequ. &* §. 2. *C. de teſtam.*

COMMENTARIUS.

1 *Nuda contraria voluntate testamentum rite factum non infirmari, quamtumvis coram septem testibus declarata.*
2 *Redditur hujus juris ratio.*
3 *An plus hic operetur revocatio causata, quàm simplex?*
4 *Cur ne novi, quidem testamenti inceptio vim prioris corrumpendi habeat?*
5 *Temperantia superioris doctrinæ?*

HIc §. rectius in continenti subjectus fuisset §. secundo aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imp. prius testamentum rumpi per posterius, quod jure perfectum est. Unde etsi per se satis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem testamenti sufficere, neque adeo prius rumpi, etiamsi secundum fieri cœptum sit, nec absolutum; latius tamen utrumque explicare voluit, & omnino latius adhuc à nobis explicandum est.

Quod testator id noluerit valere) Si quem prioris voluntatis pœniteat, malitque nunc intestatus decedere; parata ei est expeditissima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellet, signa revellat, *l. 1. §. pen. unde lib.* majorem enim vim facta habent, quàm verba, integrisque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio testamentum solemniter factum non infirmat, *l. militis 36. §. 3. de testam. mil. l.*
1 *sancimus 27. C. de testam.* In tantum, ut etiamsi testator coram septem testibus dixerit, nolle se testamentum, quod fecit, valere, nullo tamen magis illud infirmetur, ut ex recepta sententia tradunt Clar. §. *testamentum, quæst. 91.* Graff. §. *testamentum, quæst. 84. num. 2.* Jac. Vervvey. *art. test. cap. 13.* Angl. Vigl. Mynf. Schneid. *hic.* Et rectè. Nam si ne tunc quidem testamentum antea factum infirmatur, cùm id aliud faciendum testator processit, quod tantum non consummavit; quanto minus infirmabitur sola revocatione verbali? utique enim factum accedens ad voluntatem potentius operari debet simplici voluntatis declaratione. Hoc ipsum quoque manifestè probat *l. sancimus 27. C. de testam.* ubi Justinianus sancit, ut demum post lapsum decennii, seu cùm à condito testamento decem anni effluxerint, revocatione voluntatis testamentum infirmetur. Neque hìc mihi quis dixerit pertinere istam constitutionem ad eum casum, quo tribus tantùm testibus revocatio munita est: nam ex hoc ipso quod Justinianus exigit, ut non pauciores, quàm tres testes ad revocationem adhibeantur, ut valida sit ad infirmationem testamenti post fluxum decennii, satis intelligitur, non aliud eum esse voluisse, si forte plures testes intervenerint, sive quinque, sive septem: quo enim plures adhibentur, eo verius est non esse pauciores tribus adhibitos. Et sciendum est, Imperatorem illic abrogare constitutionem Honorii & Theodosii, quæ extat *in l. 6. C. Theod. de testam.* qua cautum erat, ut solo lapsu decennii testamentum revocatum intelligeretur, hoc est, si testator post conditum testamentum integros decem annos supervixisset, quamvis nulla secuta esset contraria voluntas. Hoc enim Justinianus hactenus mutavit, ut noluerit ex solo lapsu decennii testamentum evanescere, sed tunc, cùm ad lapsum tanti temporis expressa accederet revocatio: quam etiam revocationem non paucioribus, quàm tribus testibus muniri voluit, cùm alias ad probationem voluntatis, quæ testamentum non est, ordinarius testium numerus sufficiat. Quotquot igitur testes intervenerint, adhuc cursus decennii necessarius est ad substincudam verbalem testamenti solemnis revocationem. Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur, cum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proinde etsi concedamus, ex summi juris ratione hæredes scriptos bona vindicare posse, cur tamen non dicimus, eos repelli posse exceptione finitæ defuncti voluntatis? *Resp.* Periculosum est, æquitatem prætexere contra expressam juris auctoritatem; quod haud dubiè hac ratione nititur, quod non videatur satis serio improbasse voluntatem solemni testamento comprehensam, qui nudè eam revocavit, tabulis testamenti integris *servaris.* Si enim testamentum omnino valere noluisset, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud testamentum condere: quòd cùm non fecerit, præsumere licet, eum revocationis *pœnituisse*; ut non sine ratione defendatur, majorem oportere vim esse testamenti, quod integrum & in suo statu testator reliquit, quàm nudæ illius declarationis contrariæ, *fac. l. militis 36. §. 3. de test. mil.* Ex quo loco simul discimus, ita jus esse, cùm quæritur de institutione hæredum, legatarios autem revocata voluntate exceptione doli mali removeri. De cujus loci sententia vid. Ant. Fab. *dec. 39. err. 8.* His ita constitutis, videamus, an non falsa sit opinio Bartoli in *l. si jure 18. de legat.* & DD. quos allegant & sequuntur Clarus §. *testament. qu. 92.* Vigl. Mynsig. Schneid. *hic.* qui interesse putant, qua formula testator in revocando

do testamento usus est, utrum simpliciter dixerit, *nolo testamentum à me factum valere*: an causam adjecerit & hæc verba, *quia volo decedere intestatus.* Nam etsi simplicem revocationem non sufficere fatentur, causatam tamen valere volunt, modo facta sit coram septem testibus. Quo jure etiam nos uti refert Grot. *lib. 2. introd. cap. 24.* Verùm nihil interesse, hac an illa formula testator utatur, apertè evincit *d. l. militis 36. §. 3. de test. mil.* Et verò si hoc ipso quod quis testamentum revocat, tacitè & per quamdam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus, causæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quoniam aliud testamentum postea condatur) facere non potest, ut majorem vim revocatio habeat, quàm si causa adjecta non esset. Et rectè Mantic. *lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 15. n. 19.* ex Socino refert, distinctionem istam Bartoli captiosam esse vulgaribus testatoribus, qui causam nesciunt dicere, *quia intestatus decedere volo*, arbitranturque, id necessario ex hoc ipso sequi, quod testamentum revocant. Sed non debebat vir alias incomparabilis hoc argumento moveri, ut statueret cum eod. Socino, Bald. Salic. *in d. l. sancimus 27. C. de testam.* & aliis, quos allegat, ad revocandum testamentum sufficere quamlibet simplicem voluntatis contrariæ declarationem factam coram septem testibus; quam sententiam abundè jam confutavimus. Unicum supradictæ distinctionis firmamentum affertur *1. §. pen. si tab. test. null. ext.* ex verbis, *Vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere.* Sed nemo opinor, tam infans est, qui non videat, Jurisconsultum ibi loqui non de simplici mutatione voluntatis, sed quæ declarata sit facto aliquo simili illis, quæ antea expresserat, incisioni, aut cancellationi, puta si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit, &c. Habemus hujus sententiæ defensores Ant. Fab. *dec. 93. err. 6.* Bachov. *in Treutl. vol. 2. disp. 10. thes. 7.* Ant. Merend. *3. contr. 45.* Planè ad infirmationem testamenti nuncupativi patrem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, *arg. l. nihil 35. de reg. jur.* cum Connan. *9. comm. 7.* Wesemb. *in hunc §.* Groenevv. *de legib. abrog. hic.*

Usque adeo) Amplificatio. Dixerat modo, nuda voluntate testamentum infirmari non posse, id nunc usque adeo verum esse pronuntiat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat: sed ita demum superius testamentum rite factum tollatur, si inferius æquè jure perfectum fuerit. Hic verò itidem ut in casu præcedenti æquum esse videri potest, ut saltem hæredibus ab intestato detur exceptio adversus priore testamento scriptos hæredes, quos utique voluntate testatoris aliud testamentum facere aggressi mortuique antequam illud perficere, destitui constat, *per l. pen. §. 2. sec. tab.* Verùm obstat hic quoque legum auctoritas, *l. 2. l. 11. de injust. rupt. l. si jure 18. de legat. 3. l. hac consultissima 21. §. 3. C. de testam. & hic text.* Qui quod in proposito nec voluntatem defuncti ab intestato venientes hastent? Ponimus enim in secundo testamento, quod imperfectum est, scriptos esse extraneos. Quamobrem cùm illis, quos postremo testator voluit, hæreditatem ex imperfecto testamento obtinere non possint, ne convellantur jura omnia, quæ de ordinandis testamentis tam diligenter constituta sunt, & quævis voluntas vim testamenti habeat, quos aliquando hæredibus ab intestato prætulit, eos etiam adhuc iisdem præferri voluisse existimandus est? atque in hunc eventum tabulas priores integras reliquisse, ut si posteriores non consisterent, ex prioribus hæreditas adiri possit. Atque hoc est, quod scribit Pomponius, *d. l. si jure 18. de legat. 3.* credibile esse, testatorem ita demum à priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit.

4

Mortalitate præventus) Hujusmodi testamentum imperfectum dicitur ratione voluntatis. Quippe duplex est imperfectio testamenti; una ratione solemnium, puta si pauciores quàm septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint, subscripserintve, vel quid aliud, quod ad solemnitatem ordinationis pertinet, omissum sit: altera, ratione voluntatis, velut si cùm plura ordinare testator vellet, morte interceptus fuerit, aut in ipso actu testandi furore correptus, *l. si is qui 25. qui test. fac. l. 9. C. eod.* Bald. *in l. hac consultissima 21. §. 1. n. 1. 2. 3. C. de testam.* Sichard. *ibid. n. 2.* Quo loco uterque etiam notat, testamentum, quod ratione voluntatis & dispositionis imperfectum est, nec inter liberos valere. Quod & Cujac. *in d. l. 25.* notavit ex Accursio: estque communis hæc & recepta sententia. Vasq. *lib. 3. de succ. creat. §. 2. num. 62.*

Divi Pertinacis oratione) Solebant olim Principes orationes in Senatu habere, aut scriptas ad Senatum mittere, in quarum sententiam Senatusconsulta concipiebatur; *l. oratione 16. de rit. nupt.* Tacit. *lib. 11. Annal. c. 25. Oratione Principis secuto patrum consulto, primi Ædui senatorum in urbe jus adepti sunt.* Atque hæ Principum orationes etiam Senatusconsulta no-

nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hæreditatis, *l. & si rem. 22. de hær. pet.* Senatusconsultum passim appellatur, *l. item veniat. 20. §. præterea. 6. & multis seqq. eod. tit.* Jul. Capitol. hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatusconsultum nominat in Pertinace, *cap. 7. Legem sanè tulit*, inquit, *ut testamenta priora non prius essent irrita, quàm alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet.* Et paulo post: *Addiditque Senatusconsulto, &c.*

Jure ordinatæ & perfectæ fuerint) Quæ legitimo modo fiunt, legitimè quoque solvi debent, *l. 35. de reg. jur.* Hac ratione utitur
5 etiam Harm. *5. tit. 5. §. 17.* Ab hac tamen regula excipienda sunt ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen singulari valent, ut testamenta militum & parentum inter liberos. Testamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur, *l. 2. de injust. rupt.* atque ideo etiam imperfectum quovis posteriore solvitur, *l. ejus. 34. §. 1. de test. mil.* & tamen per id, quod jure militari secundo loco factum est rumpitur præcedens perfectum, hoc est, factum jure communi, *d. l. 2. & d. l. 34. §. ult.* Sed nimirum hoc ex eo est, quod testamentum militis jure privilegio pro perfecto est, aut vim perfecti testamenti habet: quod autem rumpitur posteriore jure communi non rite facto, mirum videri non debet, quia etiam post missionis annum irritum constituitur. Testamentum imperfectum factum à parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quàm militis, *l. hac consultissima. 21. §. 1. C. de testam.* Quare si pater, qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos, quamvis posterius hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud enim favore liberorum Justinianus constituit, ut tale testamentum non aliter rumpatur posteriore, quàm si posterius modis omnibus perfectum fuerit, & prius nominatim revocatum, *Nov. 117. auth. hoc. inter C. de testam.* Præterea si cùm in priore testamento perfecto scripti essent extranei, in posteriore autem imperfecto instituti sint, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quàm quinque testes intervenerint, placet, infirmato priore testamento, posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tanquam voluntatem ultimam intestati, *d. l. hac consultissima. 21. §. 3.* cujus voluntatis hic erit effectus, ut nulla quarta deducta ab hæredibus, priore testamento, quod infirmatum est, scriptis, ad hæreditatem admittantur scripti posteriore, easque portiones per arbitrum familiæ erciscundæ singuli consequantur, quæ cuique adscriptæ sunt. Sed quid est, quod Jurisconsultus in *d. l. 2. de injust. rupt.* simpliciter scribit, prius testamentum per posterius imperfectum rumpi, si in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest? Nimirum in posteriore imperfecto, in quo scripti, qui ab intestato rem habere possunt, omissa sit aliqua solemnitas, quæ tantùm jure civili præcisè requiritur, non item jure prætorio, veluti si testes non subscripserint, si filius institutus aut exhæredatus non sit: nam etiam hac ratione testamentum imperfectum rectè dicitur. Atque ita appellatur in *l. 12. §. 1. cont. tab.* quoniam inter cætera, quæ testamentum jure civili perficiunt, etiam hæc requiruntur. Rumpi igitur eo casu testamentum prius dicimus, non jure civili, sed honorario, data secundum tabulas posteriores, quæ modo septem testium signis signatæ sunt, cum re & effectu bonorum possessione, *arg. d. l. 12. §. 1. cont. tab.* quem locum diligenter & accuratè hic interpretatus est D. Bachovius.

TEXTUS.

Si Princeps litis causa, vel in Testamento imperfecto institutus fuerit.

8. *Eadem ratione expressit, non admissurum se hæreditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit hæredem: neque tabulas non legitimè factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce hæredis nomen admissurum: neque ex nulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc divi Severus & Antoninus sæpissime rescripserunt.* Licet enim, *inquiunt*, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.

NOTÆ.

8. *Litis causa Principem, &c.*) Capitol. *ubi sup.* hoc enim invidiosum est, *l. pen. de hær. inst.* Plin. *Paneg. cap. 43. Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Ob eam causam) Quod tabulæ non essent legitimè factæ, ut rectè Cujac. & Fabrot. quod non percepit Th. nec Accurs. nam Princeps nec legitimè factus probat, in quibus ipse litis causa hæres scriptus est.

Legibus soluti) Princeps legibus civilibus solutus est, *l. 31. de legib. l. 3. C. de testam.* Dio. *lib. 53.*

At-

Attamen legibus vivimus) Impp. *l.* 2. *C. Tb. de cond. & proc. dom. Aug. Scribimus quidem leges, sed sequimur.* Plin. *Paneg. cap.* 65. *ipse te legibus subjecisti.* Vid. & *l.* 23. *de leg.* 3. *l.* 4. *C. de legib. d. l.* 3. *C. de testam.*

COMMENTARIUS.

1 *An Principes Romani legibus soluti fuerint? & in universum, an & quatenus sint Principes, qui absoluta jura majestatis habent?*

EAdem oratione expressit) *Ipseque*, inquit de Pertinace loquens Capitolinus *d. loc. cap.* 7. *professus est, nullius se aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicujus delata esset, aut lite perplexa, ut legitimi hæredes & nececessarii privarentur.* Addiditque Senatusconsulto hæc verba. *Sanctius est, P. C. inopem rempub. obtinere, quàm ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire.* Procul dubio hac oratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longe alia ratione remp. temperaturum, quàm antecessor ejus Commodus Princeps flagitiosissimus fecerat: quem credibile est exemplum secutum fuisse sui simillimi Imperatoris Domitiani de quo Sueton. *cap.* 12. sic scribit: *Confiscabantur alienissimæ hæreditates, vel existente uno, qui diceret, audivisse se ex defuncto, cùm viveret, hæredem sibi esse Cæsarem.* Extat adversus hujusmodi improbitatem edictum Honorii & Theodosii *in l. nolumus.* 20. *C. de test.* VINN. Meretur hujus juris historia paulo accuratius tractari. Primus Augustus flagitare solebat ab amicis hoc benevolentiæ testimonium, & eorum suprema judicia morosissima pensitabat, neque dolore dissimulato, si parcius, aut citra honorem verborum; neque gaudio, si gratè pieque quis se prosequutus fuisset. Suet. *Aug. cap.* 66. Hinc idem Suetonius *cap.* 101. refert, viginti proximis ante obitum annis eum quatuordecies millies ex testamentis percepisse. Ne tamen captare videretur hæreditates, aut parum honesta institutionis caussa subesset: nec ab ignotis admittebat hæreditates, nec à parentibus, sed eas cum incremento liberis restituebat. Suet. *cap.* 66. Idem fere exemplum sectatus Tiberius. Tacit. *Annal. II.* 48. Primus Caligula hæreditates avidissimè captavit, testamenta, in quibus nulla sui mentio, rescidit, testatores paulo diutius superstites interemit, & testes, qui se Cæsarem hæredem dictum, audivisse adseverarent, subornavit. Suet. *cap.* 38. Hinc imitati Nero, Tacit. *lib.* 16. *Ann. cap.* 43. Vitellius, Suet. *cap.* 14. Domitianus, Suet. *cap.* 12. Trajanus exactè Augustum imitabatur, Plin. *paneg. cap.* 43. nec non Hadrian. Spartian. *cap.* 18. & Antoninus Prius, Jul. Capit. *cap.* 8. Postea quum Commodus malum denuo principem egerat, huic malo non tantùm exemplo, sed & lege lata repugnavit Pertinax. Jul. Capitol. *Pertin. cap.* 7. Ad quam legem respicere videtur Alexander. *l.* 3. *C. de test.* Immo quum nec id sufficere refrænandæ principium aviditati: Theodosius M. *l.* 2. *C. Tb. de test. & codicill.* omnes hæreditates planè respuit. Conf. Symmach. *lib.* 2. *Epist.* 13. idemque edicto monuit Theodosius junior, *l.* 5. *C. Theod. eod.* Rem omnem accuratissima diligentia exposuit V. illustris Nic. Hier. Gundlingius. *Diss. de principe hærede, cap.* 4. HEIN.

Quin litis causa Principem) Lex est, non debere cujusquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adversarium, *tot. titul. de alien. jud. mut. ca.* & *tit. C. ne lic. patent.* Huic legi se submisit Imp. Pertinax, professus hoc amplius, se non admissurum hæreditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permitens, quàm cuiquam privato, *l.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. ca.* Quippe invidiosum esse existimavit, Principem litis causa, hoc est, in re controversa & perplexa hæredem institui, quo alii, nomine principis territi jus suum indefensum relinquant, ac nefas esse, calumniæ facultatem ex Principali majestate capere, *l. pen. de hær. inst.* Paul. 5. *sent.* 12. Plin. *Panegyr. cap.* 43. *Non tu falsis, nec tu iniquis tabulis advocaris.*

Neque tabulas non legitimè factas) Lex est, hæredem justo testamento instituendum esse, neminemque posse ex tabulis non legitimè factis hæreditatem obtinere. Hanc legem etiam adversus se valere optimus Princeps voluit, atque in sua etiam persona tabulas non legitimè factas improbavit. Secundum quod sæpissime constitutum est, ex imperfecto testamento nec Imperatorem hæreditatem vindicare posse, *l.* 3. *C. de test.* Ait, *in quibus ipse, ob eam causam.* Nempe quod tabulæ non essent legitimè factæ, ut rectè Cujac. Quod non percepit Theoph. nec Accurs. nam Princeps nec legitimè factas probat, in quibus ipse litis causa scriptus est. Ait, *neque ex nuda voce.* Non quasi Princeps hæres nuncupari non possit, aut hæres esse ἐκ τῆς ἀγράφου διαθήκης, ut somniat Theoph. sed *ex nuda voce*, id est, ex nuda voluntate sine juris solemnibus.

Neque ex nulla scriptura, cui juris auctoritas desit) Clausula generalis, legata quoque & fidei-

deicommissa non legitimo testamento relicta complectens. Ex imperfecto testamento, ait Paulus *l.* 23. *de legat.* 3. legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare inverecundum est. Huc etiam referendum, quod idem Paul. 4. *sent.* 5. & Ulp. *l.* 8. §. 2. *de inoff. testam.* scribunt, testamentum, in quo Imperator hæres scriptus est, inofficiosum argui posse.

1 *Licet legibus soluti simus*) Principes Romanos legibus solutos esse, scribit Dio. *lib.* 53. atque id ipse sic interpretatur, ut dicat, eos liberos esse ab omni legum coactione, nec ulla scripta lege teneri. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ reipub. aliquando usurpatum, ut populus aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singularem virtutem una aliqua lege solveret, puta, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra tempora constituta eumdem repetere liceret, sicut de Pompejo, Africano, Octavio, aliisque permultis factum legimus, ita Principem postea, cùm civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus solutum fuisse, lege in eam rem semel expressè lata, quæ lex regia *in l.* 1. *de const. Princ.* lex imperii *in l.* 3. *C. de testam.* appellantur. Quod etiam significare arbitror Ulp. *in l. Princeps.* 31. *de legib.* Quamquam necesse non erat, hoc caput legi regiæ inserere: quando quidem ex hoc ipso quod alio capite ejusdem legis populus jura majestatis omnia abdicativè in Principem transtulit, *d. l.* 1. *de const. Princ.* necessario sequitur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil supra se cernere potest, neque hominem neque legem, ut ait Alber. Gentilis in quæstionibus regiis. *Deus*, inquit Justinianus, *leges ipsas Principi subjicit, eumque legem animatam misit hominibus. Nov.* 105. *c.* 2. *in fin.* Jam verò qui supra leges est, cui leges subjectæ sunt, is necessario legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, sed ille legibus subjicitur, & qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius *in panegyr. cap.* 65. *Leges*, inquit, *Principi nemo scripsit.* Neque cùm hoc dicimus, intelligimus solùm cum D. Thoma *q.* 96. *art.* 5. *par.* 1. quem multi sequuntur, Principem legibus solum esse quod vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quæstio pertinet: cùm si neges, secundum vim dirigentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tamquam quæ ipsi quoque latæ sint. Alia autem quæstio est de modo coercendi & puniendi non obedientes. Cæterum totum hoc pertinet ad leges civiles dumtaxat, non ad leges naturæ aut divinis, quibus cùm omnes homines subjiciantur, quatenus homines nati sunt, omnino efficitur, aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maximè cùm in eas quoque ipsi Principes regnum ineuntes jurare soleant. De quibus legibus Bodinus *lib.* 1. *de repub. c.* 8. sic scribit: *Quantum ad leges imperii attinet, cùm sint cum ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis abrogare potest. Cujusmodi* inquit, *lex Salica regni hujus firmissimum fundamentum.*

Attamen legibus vivimus) Etsi hoc jus Principis est, si dignitatem spectes & imperii potestatem, ut legibus omnibus civilibus sit solutus; tamen officium imperantis est, legibus vivere, iisque parendo suo exemplo præire illis, quibus solis latæ sunt. Quod significat Paulus *l. ex imperfecto.* 20. *de legat.* 3. his verbis: *Decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.* Et Imp. Alexander *l.* 3. *C. de testam.* cùm ait, *nihil tam proprium imperii esse, quam legibus vivere*: eodemque modo explicanda, *l. digna vox.* 4. *C. de legib.* & illud Plinii *in Panegyr. ad Trajan. cap.* 65. *Legibus te subjecisti, quas nemo Principi scripsit.* Item illa, *Non esse Principem supra leges, sed leges supra Principem.* Nimirum Princeps *imperio maximus, major est exemplo*, ut ait Paterculus. *lib.* 11. *cap.* 126. & Plin. *ibid. cap.* 45. *Vita Principis*, inquit, *perpetua censura est: ad hanc dirigimus; nec tam imperio nobis opus est, quàm exemplo.* Τίς γὰρ ἂν ἠθέλησεν ἀπειθεῖν, ὁρῶν τὸν βασιλέα πειθόμενον: inquit Xenophon *in laudib. Agesilai, cap.* 7. §. 2. Claudianus *in Panegyr. v.* 307. *de quarto consulatu Honorii*, his versibus Principem hujus officii commonefacit:

In commune jubes si quid, censesve tenendum,
Primus jussa subi: tunc observatior æqui
Fit populus, nec ferre negat, cùm viderit ipsum
Auctorem parere sibi. Componitur orbis
Regis ad exemplum: nec sic inflectere sensus
Humanos edicta valent, ut vita regentis.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.
DE INOFFICIOSO TESTAMENTO

Dig. Lib. 5. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 28.

Continuatio, & argumentum tituli. Unde nomen inofficiosi: tum, quarum de hac quæstione cognitio.

EXplicatur hìc altera ratio infirmandi testamenti, cùm scilicet non ipso jure, sed per sententiam judicis rescinditur, ex causa de inofficioso contra testamentum pronuntiantis: quod est illud adminiculum, quod superius dixi paulo post nobis manifestum fore, in calce *tit. de exhæred. lib.* Locus hic latè patet, quamquam concisus est Justinianus, ut passim in hoc libello. Initio indicat ille causam introducendæ de inofficioso querelæ, & quo colore proponatur: mox quibus ea competat, aut non competat, ostendit: sequuntur postremo nonnulla, quibus intervenientibus testamentum inofficiosum argui; atque ex ea causa rescindi non potest. Nobis, quibus propositum est rem totam planam facere, licebit in explicando esse prolixiores. Memini etiam, nonnulla me recepisse interpretantem, *§. ult. d. tit. de exhær. lib.* quæ in hoc tempus dilata, nunc exsolvenda sunt. De nomine inofficiosi hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum rectè dicatur, in quo testator contra officium, quod alteri debebat, fecit, quemadmodum scimus, hominem inofficiosum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alter debet facit; & ideo si, verbi causa, testator, cognatis suis, aut personis de se bene merentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos, parentes, & fratres neglectum est, seu in quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exhæredati sunt immerito, vel immerito præteriti. Quocirca his etiam solis potestas permissa de inofficioso querendi, postulandique, ut si officium violatum esse constituerit, testamentum rescindatur. Cognitionem hujus quæstionis ad centumviros pertinuisse constat ex Cic. *lib. 1. cap. 38. de orat.* Val. Max. *lib. 7. cap. 7. & 8. l. Titia. 13. l. qui repudiantis. 17. hoc t.* uti & simplicis petitionis hæreditatis, *l. ult. in pr. C. de pet. hær.* quod tamen non usque adeo perpetuum fuit, quin partes aliquando, negotio ita ferente, à prætore remissæ fuerint ad judicem pedaneum, ut liquet ex *l. 8. §. pen. hoc tit. l. 3. §. si emancip. 5. de bon. poss. cont. tab.* VINN. Quæ hic de nomine inofficiosi monet Auctor, plenius poterant exponi. Dicitur hæc Actio QUERELA, quia propinqui non accusare & litigare, sed inter se conqueri dicebantur. Voss. *Inst. Orat. lib. 1. cap. 6. §. 2. Inofficiosum* autem opponitur *officioso*, quod vocabulum ita accurate exponit Seneca de *Benef. lib. 3. c. 18.* quod ut *beneficia* sint alienorum; ita *officia* eorum, *quos necessitudo suscitet, & opem ferre jubeat.* HEIN.

TEXTUS.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exhæredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut iniquè se exhæredatos, aut iniquè præteritos; hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cùm testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidem testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si verè furiosus sit, nullum testamentum est.

NOTÆ.

Sine causa) Ex justis causis permissa exhæredatio, *l. 7. de bon. damn.* quas causas ex arbitrariis certas fecit & nominatim ad 14. complexus est Justin. *Nov. 115. cap. 3.* voluit autem unam saltem ex his inseri testamento, eamque ab hærede probari; secus ac jure veteri, *l. 5. 1. hoc tit. l. 28. C. eod.*

Exhæredant vel omittunt) Illud ad parentes omnes & propriè ad patrem pertinet, hoc ad matrem, cujus silentium pro exhæredatione est, *§. ult. sup. de exh. lib.* & ita intellige *l. 3. h. t. d. Nov. 115. c. 3.* Exhæredatis igitur omnibus, à matre etiam præteritis hoc remedium necessarium. Ex privilegio autem est, quod de inoff. militis testamento nemo queri potest, *l. 8. §. 4. l. 27. 2. hoc tit. l. 6. l. 24. C. eod.*

Quasi non sanæ mentis) L. 2. l. 5. §. 1. *eod.* ac pro-

proinde quasi testamentum facere non potuerint *l. 17. § 1. eod.* Hoc colore seu titulo quæsito tegitur iniquitas exhæredationis : & quidem ob hanc causam olim rescisso per querelam testamento nihil ex eo valebat, *l. 8. §. pen. l. 28. eod.* hodie autem quantum ad institutionis solummodo evertitur : legata & cætera capita salva manent, *Nov. 115. cap. 3. in fin. auth. ex causa. C. de lib. præt.*

Commentarius.

1 *Quibus liberis & quando querela necessaria?*
2 *Etiam ob causas non nominatim expressas*, Nov. 115. c. 3. *dummodo æquè graves aut graviores, exhæredationem rectè fieri.*
3 *Quamvis exhæredatio facta sit sine elogio, tamen testamentum adhuc ipso jure bodieque subsistere, atque ad id rescindendum opus esse querela, contra comm.*
4 *Præteritionem matris & avi materni etiam jure novissimo vim exhæredationis habere.*
5 *Contrario obiter repulsa, addito jure patrio.*
6 *Utrum querela ipsa sit actio sive petitio, an remedium aliquod ab actione separatum?*
7 *An liberis à patre preteritis, legata, cætera capita, præter institutionem, beneficio novæ legis conserventur?*
8 *Cur querelæ inofficiosi colorem dementiæ veteres prætexuerint : & num idem adhuc bodie?*

Quia plerumque) Rectè monet D. Pacius in margine, particulam *plerumque* non afficere verbum *exhæredant*, sed verbum *sine causa*; ut hic sit sensus; cum parentes liberos suos exhæredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa : puta falsos instimulatos, novercalibus delinimentis, instigationibusque corruptos, *l. 3. & 4. hoc tit.*

Sine causa liberos suos exhæredant vel omittunt) Ait, *sine causa*, nam ex justis & meritis causis exhæredatio semper permissa fuit, *l. 7. de bon. damn.* Ait, *exhæredant vel omittunt*, illud ad parentes omnes & propriè ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet : nec super acuo hic expressum, ut censet D. Vvesemb. etsi enim matris præteritio vim & effectum exhæredationis ha-
1 bet; non est tamen revera exhæredatio. *§. ult. sup. de exhær. lib.* In patre exhæredatio necessaria est, ut querelæ locus sit; si enim pater filium, quem in potestate habet, præterierit, testamentum ipso jure nullum est; si emancipatum, datur præterito bonorum possessio contra tabulas, *sup. d. tit. in pr. & §. 3. & 5.* Quin nec quævis exhæredatio querelæ locum facit; sed ea demum, quæ rite facta est : quæ secus facta, id est, non nominatim, non purè, non à tota hæreditate, pro præteritione censetur, *l. 8. §. non quævis. 2. de bon. poss. cont. tab.* Matre autem sive præterunte sive quovis modo exhæredante, semper ad infirmandum testamentum querela opus est, cùm & jure civili firmum sit, nec à prætore infirmatur; quippe qui exhæredatione, cujus vicem etiam præteritio matris obtinet, notatos non putavit ad contra tabulas bonorum possessionem admittendo, *d. l. 8. in pr. cont. tab. d. §. ult. sup. de exhær. lib.* Et igitur exhæredatis omnibus, à matre etiam præteritis, hoc remedium necessarium est. Causæ exhæredationis jure antiquo certæ legibus definitæ non erant, sed ab arbitrio pendebant judicum, qui de inofficioso cognoscebant, quorum erat merita exhæredati perpendere, *l. 3. §. si emancipatus. 5. cont. tab.* Val. Max. *lib. 7. c. 8.* Justinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim *Nov. 115. c. 3.* complexus est ad quatuordecim : cùmque antea etiam, simplici exhæredatione facta, permissum esset hæredi instituto allegare & docere ingratitudinem, id idem Imp. primum hactenus mutavit, ut non aliter liceret hæredi ingratitudinis quæstionem movere, quàm si testator expressè addidisset, se ideo filium exhæredare, quia fuerit ingratus, *l. omnimodo. 30. in pr. C. hoc tit.* Postea ne hoc quidem satis ei visum, sed insuper voluit, testatorem justam aliquam ingratitudinis causam, & saltem unam ex illis, quas ipse recenset, testamento exprimere, imposito quoque hæredi onere elogium probandi, cùm olim ita jus esset, ut nisi hæres ultro probationem suscepisset, causam aliquam certam allegando, (quo refert *l. 22. & d. l. 30. C. eod.*) ipsi liberi docere tenerentur, se morigeros atque obsequentes semper fuisse, *l. 5. §. 1. eod. l. liberi. 28. C. eod.* Hinc duplex exorta quæstio 1. An nullas ob causas, quantumvis pares aut majores, quam quæ *d. Nov. 115. c. 3.* expressæ sunt, exhæredatio permittenda? 2. Utrum si exhæredatio facta sit sine elogio, id est, sine causæ expressione, testamentum ex d. constitutione ipso jure nullum sit, an jure adhuc subsistat, atque ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus? Primam 2
quæstionem quod attinet, quamvis sententia Connani *lib. 9. comm. 10.* Viglii *ad §. ult. sup. de exhær. lib.* aliorumque, qui eos sequuntur, negantium, ob alias causas, licet æquè graves aut graviores, exhæredationem fieri posse, verbis *d. Nov.* convenire videatur? tamen mihi persuadere non possum, eam fuisse mentem

tem Justiniani, quam illi esse censent; & summa ratio suadet, ut contra sentiam. Etenim si, verbi gratia, manus parenti filius ipse non intulerit, secundum *d. Nov. cap.* 3. §. 1. sed inferre passus sit, cùm facile prohibere posset; idemque finge de injuria, §. 2. Patrem ipse non accusaverit, juxta §. 3. sed accusationem instruxerit, juverit pretio, consilio, probationibus. Insidiatus ipse patri non sit, §. 4. insidias autem, cùm posset, non detexerit. Falsum testimonium ipse non dixerit, *sec.* §. 8. at qui dicerent, subornarit. Quid si thorum fratris violare ausus sit? Quid si lenocinio palam quæstum faciat? &c. Quis hæc aut atrociora filium patrantem dignum neget, qui fulmine feriatur exhæredationis? At, inquis, odiosa est exhæredatio, ac proinde interpretatione non est adjuvanda, *l. cum quidam.* 19. *de lib. & post. cap. odia.* 15. *de reg. jur. in* 6. Immo contra vel magis odiosum patrem cogi, ut impio & indigno filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypothesi quæritur, de scriptura testamenti, de facto exhæredati, de voluntate exhæredantis, cum similibus, exhæredationem adjuvandam non esse: cæterum ubi θετικῶς de legis vi atque interpretatione disputatur, hoc semper legibus inesse ex mente conditorum credi oportet, ut quia omnes casus, qui quandoque incidere possunt, comprehendere nequeunt, ad eas quoque res & causas pertineant, quæ quandoque similes erunt, *l.* 10. *cum* 3. *seqq. l. ideo.* 27. *de legib.* Neque hinc excipiuntur leges pœnales: nam & illæ utique leges sunt; & obvia passim responsa Jurisconsultorum, etiam leges publicorum judiciorum ad hunc, quem diximus modum, interpretantium, *l.* 11. *de pæn. l.* 13. *de testib. l.* 7. §. 2. *de jurisd. l.* 7. *ad leg. Jul. maj.* §. 3. Tuld. 2. *jurisp. extemp. cap.* 5. *pag.* 202. ubi distinguit, utrum par & eadem sit ratio, an similis tantùm, *l.* 3. *de leg. Pomp. l.* 2. §. 28. *& seqq. ad Tertull.* junct. *l. ult.* §. *ult. qui pet. tut. l.* 8. *de sepulcr. viol. l.* 1. *de aleat.* Dixeris, hoc admisso, Imperatorem non assequi scoptum suum, sed causas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantùm, sed infinitas esse. Respondeo, ex his constitutionis verbis, *ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis seriis continentur,* satis patet, quis Justiniano scopus propositus fuerit. Horum enim verborum non alius sensus, quàm quod non liceat ex legibus antiquis causas opponere, quæ in d. constitutione non continentur. At tales causæ non sunt, quæ vel majores sunt, vel pares expresis, sed leviores dumtaxat, aut dispares: quippe cùm de similibus semper ut de expresis habendum: facit huc *c.* 1. §. 2. *vers. sed quia natura. l.* 2. *feud. tit.* 24. *quæ fuit prim. ca. bon. amitt.* Atque hæc sententia etiam communis est, usuque apud omnes recepta DD. *in auth. non licet. C. de lib. præt.* Clar. §. *testamentum. quæst.* 41. *n.* 2. Gomez. 1. *res.* 11. Schneid. *hic n.* 15. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 8. Christin. *vol.* 4. *dec.* 19. *n.* 15. Grot. *lib.* 2. *manud. cap.* 18. ubi notat, in his regionibus illud quoque semper obtinuisse, ut filia minor 20. annis nubens citra consensum patris aut matris ab eodem patre aut matre ob hanc causam exhæredari possit: convenit *art.* 25. *cap.* 2. *statut. Zeland.* In altera quæstione numero vincunt qui ad validitatem testamenti negant sufficere exhæredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam: quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu, cùm exhæredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis, relata à Glossa in *l.* 5. *hoc tit.* probata plerisque interpp. *in auth. ex causa. C. de lib. præt.* Clar. *d.* §. *testam. quæst.* 40. Gomez. *d. c.* 11. Covar. *in c. Raynutius. p.* 1. *n.* 7. *c.* 16. Wesemb. *par. hoc tit. n.* 7. & novissimè latè defensa à D. Bachovio *hic.* Cæterum ut pluribus hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut constitutioni Justiniani minimè consentaneam: & sanè non immerito, meo quidem judicio. Nam qui diligenter eam constitutionem evolet, comperiet ex tenore, Imperatorem non agere de iis, quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumque exhæredationis pertinent, sed de causis, ob quas facta exhæredatio justè vel injustè facta intelligatur: at injustitia exhæredationis non vitiat testamentum ipso jure. Et vide quæso, quæ isti sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit, etiamsi præteriti sint liberi emancipati; etiamsi preteriti sint liberi sine elogio, qui numquam in potestate fuerunt, ut posthumi exhæredati nativitate rumpatur testamentum, & infantium atque adeo impuberum fere omnium exhæredatio nullius momenti sit: denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis sui hæredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur §. *in emancipatos.* 3. *item* §. *sed hæc quidem.* 5. *&* §. *ult. sup. de exhær. lib.* delentur maxima ex patre *tit. Pand. C. & Instit. de inoff. test.* item *l. ult. C. de lib. præt.* Quis verò credat, tot capita juris veteris à Justiniano tacitè abrogata, qui num-

numquam solet quicquam ex jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur enim verba *d. constitutionis. c. 3. citra fin. & cap.* 4. ubi cum jussisset Imperator, si exhæredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent hæredes, firmum manere testamentum, sive, ut est in authentico, *ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν*, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis *ἀκυροῦσθαι* & *ἀνατρέπεσθαι*, quæ de iis tantùm prædicari constat, quæ ab initio constiterunt; & quod notandum, everti non in totum, sed quoad institutionem dumtaxat, cætera capita firma manere. Ergo in totum ab initio subsistit. At quo remedio evertetur? Non alio haud dubiè, quàm querela inofficiosi, quæ una exhæredatis supererat. Arguit hoc accurata illa causarum ingratitudinis, de quibus in querelæ judicio agitur, definitio, quæ causam novæ constitutioni dedit. Ad hæc si dicimus, liberis omnibus sine eloquio exhæredatis aut præteritis, testamentum potestate d. constitutionis nullum esse, non liberis tantùm consulimus, sed extraneis etiam defuncti legitimis hæredibus: quippe apud quos tum, liberis aut repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hæreditatem adierint, mortuis, hæreditas defuncti ab intestato perventura sit, exclusis scriptis hæredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis dumtaxat prospicere voluit, ne his noceret exhæredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento hæredes. Postremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed proniorem atque expeditiorem ei viam facere: utique potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exhæredati aut præteriti ob difficultatem probandi semper officiosos fuisse, parentum hæreditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum exhæredatio jure veteri habeat: unum hunc, ut absolvat internam testamenti paterni solemnitatem, ut nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit ritè factam esse, etiamsi injusta sit: alterum ut exhæredatum submoveat ab hæreditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit justis de causis: posteriorem effectum tantùm Justinianus restringere voluit, priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamen non sit ex iis, quæ *d. Nov.* 115. *c.* 3. continentur, aut ex iis quidem, sed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioso hodieque aget, & postulabit, ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati. Idemque erit, si liberi præteriti sint ab iis scilicet parentibus, quorum præteritio pro exhæredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit: & falsum est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione amplius non haberi, sed ex hac causa æquè nullum esse testamentum, ac si pater præteriisset, nisi præteritioni addita sit causa ingratitudinis: necessitatem quodammodo exhæredandi contra rationem juris illic introducentes, ubi non est suitas, *l.* 11. *de lib. & posth. l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Ita concludimus cum Fulgos. & Don. *in d. auth. ex causa.* Vigl. *ad rubr. hic.* Duar. *c.* 3. *ad hunc tit.* Cujac. *ad Nov.* 18. Fachin. 4. *cont.* 6. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 20. *n.* 162. *& seqq.* Perez. *ad Cod. de lib. præt. n.* 13. Gudel. *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 4. Atque ita in utraque Curia Hollandiæ judicatum refert Neostad. *dec. sup. sen.* 99. contra quam Curia Frisiæ apud Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 2. Argumentis, quæ pro contraria sententia afferuntur, ex his, quæ dicta sunt, nullo negotio occurri potest: & sunt pleraque ex eorum genere, quæ Græci *ἀντιστρέφοντα* vocant, id est, quæ in ipsos auctores retorqueri possunt. Postremo minimi pretii sunt, quæ illi putant esse maximi, quale est, quod sexto loco adducit Bachovius, frustraneam ajens esse eam actionem: in qua auctor non potest succumbere, &c. Ergo frustra est, quod posthumis aut infantibus exhæredatis, §. 2. *inf. l. si quis* 33. §. 1. *C. hoc tit.* item ex constitutione Justiniani *l. omnimodo.* 30. *C. eod.* liberis omnibus exhæredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur: quoniam numquam non possunt vincere? Considerare debuerant, non frustra esse, quod leges testamentum consistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo commemoravi, incidentibus, voluntas defuncti exitum habeat. Ejusdem ponderis est argumentum, quod Bachovius producit vice corollarii, nempe legitimam relinquendam esse liberis titulo institutionis. Ne sit relicta isto titulo, an propterea sequitur testamentum ipso jure nullum esse? Sed de eo plura inferius. In hisce regionibus passim necessitatem exhæredandorum liberorum, si hæredes non instituantur, non agnoscimus: utpote quæ suorum tantùm hæredum propria est, quales hæredes nos non habemus, sed præterito non matris tantùm, verùm etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium testamentorum,

rum, §. *sed si. 6. sup. de exh. lib.* Intelligo, ut ipso jure valeat testamentum, non quia tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione judicis redigi. Nam querelam inofficiosi modis omnibus etiam nos retinemus, si iniquè & contra officium pietatis exhæredatio facta proponantur, vide Gudelin. *l. 2. de jur. noviss. cap. 5.* Grot. *l. 2. manud. ad jurispr. Bat. c.* 18. Christin. *vol.*4. *dec.*20. *n.*8. Groen. *de ll. abrog. hic.*

Inductum est) Verbum *inducere* plurimum refertur ad jus non scriptum, aut ad id jus, quod ex interpretatione prudentum profluxit, *l. 2. §. 5. de orig. jur. l. de quibus* 32. *de legib. l. Gallus* 29. *de lib. & post. l. 2. de vulg. & pup.* Unde existimare licet, querelam inofficiosi testamenti non lege aliqua scripta introductam esse, sed moribus, aut, quod probabilius est, interpretatione consultorum. D. Cujacius *lib. 2. obs.* 21. ex lege Glicia eam deducit: sed hoc ideo probabile non est, quoniam nullis certis personis nominatim potestas experiundi hoc judicio concessa fuit, *l. 1. hoc tit.* à lege autem si foret, certæ personæ expressæ essent, quibus hæc actio competeret. Ad hæc si lex aliqua de hoc judicio lata esset, nihil opus fuerat, colorem aliunde quærere, cujus prætextu testamentum quasi ab homine non sanæ mentis factum everteretur: quippe quod tunc vigore, & auctoritate solius legis rescindi oportuerat. Color autem iste dubium non est quin inventus atque excogitatus sit ab iis, à quibus alia id genus commenta & fictiones omnes manarunt, hoc est, à Jurisconsultis. Denique si lege aliqua hoc judicium constitutum esset: procul dubio mentionem illius legis fecisset Valer. Max. *lib. 7. cap. 7.* Vinn. Adde, quæ eam in rem disputavimus in *Antiq. Rom. lib. 2. h.t. §.5. p.560. edit. nov.* Nam in priore sequuti eramus sententiam Summi Cujacii. Hein.

Ut de inofficioso agere possint) Pro eodem Jurisconsulti dicunt, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum; quæ legentibus passim in tit. hujus argumenti occurrunt, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine frequentius hoc judicium designatur, quàm que-
6 relæ. Estne ergo querela & ipsa actio, an remedium aliquod ab actione separatum, sive imploratio tantùm officii judicis nobilis, ut loquuntur, eò pertinens, ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hæreditas peti possit? Non [illegible], quod dubitemus affirmare, quot tot locis manifestè traditum est, querelam ipsam actionem & petitionem, perque eam sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait hæreditatem petere, *l.* 8. §. *quoniam* 8. *hoc tit.* Scævola petitionem hæreditatis exercere, *l. qui de* 20. *eod.* Paulus *l. eum qui* 22. §. *ult. eod.* ait, per querelam inofficiosi evinci hæreditatem. Ulpianus vindicari facultates, *l. si instituta* 27. §.3. *eod.* Triphonius *l. pen. in fin. cont. tab.* filium exhæredatum ex causa querelæ inofficioso movendæ admitti ad petitionem hæreditatis. Justinianus, hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, *l. si quis* 34. *C. eod.* Unde quoque est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, *l.* 6. §.*ult. l.* 7. *l.* 8. *in pr. eod. l.* 2. *C. eod.* Hoc enim non alio pertinet, quàm ut is, qui ex causa inofficiosi hæreditatem petit, hæres esse videatur: quamquam in suis hæc possessio non est necessaria, *d. l.* 7. uti nec aditio, *l.* 14. *de suis & legit.* de quo consule Vigl. *in rubr. &* §. 2. *hoc tit.* Duar. *cap.* 8. *ad hunc tit.* Govean. 1. *var. lect. c.* 5. Vasq. *lib.* 3. *de succ. resol. ad l.* 2. *C. eod.* Vaud. 2. *quæst.* 24. Don. 19. *com. cap.* 3. Interpretes comm. & cum his Sichard. *in rubr. C. hoc tit. num.* 3. existimant, querelam esse judicium præparatorium, quo aditus pateat ad judicium universale seu petitionem hæreditatis, sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis: atque ita duo hìc esse judicia, quorum alterum, scilicet querela, præcedebat, alterum, petitio hæreditatis, sequatur: quod falsum est? Nam ipse titulus inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hæreditas, *l.* 3. *C. de pet. hær.* neque duo hìc judicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hæreditas; sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur, & simul res vindicatur: de quo sub §. 5. *inf. de actionib.* Planè etsi querela quoque petitio hæreditatis est, in multis tamen differt à petitione hæreditatis simplici, de qua post *tit. de inoff. test. in Pand. & C.* generalis titulus datur, quæ hìc congerere nimis longum foret. Duo solùm argumenta refellam, quibus effici videtur, querelam inofficiosi hæreditatis petitionem non esse. Primum tale est. Petitio hæreditatis datur solùm adversus eum, qui cùm hæres non sit, pro hærede prove possessore possidet, nunquam adversus hæredem, eumve, qui pro hærede sit, bonorum scilicet possessionem aut fideicommissarium, *l.* 9. *cum seqq. de hær.* At querela datur adversus hæredem scriptum contra fideicommissarium, *l.* 1. *C. hoc tit.* contra præteritum, qui acci-

accipit bonorum possessionem contra tabb. *l. pen. cont. tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso hæredem, hæredem non esse, utique cum eo agi, tamquam qui hæres non sit, utpote scriptus ab eo, qui testamenti factionem non habuisse judicatur, *l. qui repudiantis* 17. §. 1. *hoc tit.* & proinde eum teneri, qui pro hærede aut pro possessore possideret, ut disertè rescriptum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hæreditas, *l.* 1. *C. eod.* Alterum est hujusmodi. Omnis petitio hæreditatis aut ex testamento fit oportet, aut ab intestato, *l.* 2. & 3. *de hær. pet.* querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur iis, qui testamento exclusi sunt: non ab intestato, quia quamdiu testamentum extat, causæ intestati non est locus, *l. quamdiu* 39. *de acq. hær.* Sed patet ex responsione ad objectionem præcedentem, querelam inofficiosi esse petitionem quamdam hæreditatis ab intestato, quia prætenditur color dementiæ testatoris; uti & revera si judex contra testamentum pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus perinde omnia habentur, ac si hæreditas numquam adita fuisset, *l.* 6. §. 1. *l. cum qui* 21. §. 2. *hoc tit.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam esse actionem, & nimirum speciem quamdam petitionis hæreditatis, qua vindicatur hæreditas tamquam ab intestato deleta ex causa inofficiosi testamenti; cum qua sententia fere vi ipsa convenit, quod Jo. Fab. & alii hic notant, posse querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, & per modum contradictionis seu exceptionis querelam induci posse, veluti si exhæredatus sit in possessione hæreditatis, & hæres scriptus hæreditatem petat, *l.* 8. §. *si filius* 13. *eod.* adeoque liberum etiam esse exhæredato, simplici petitione hæreditatis experiri, deque titulo excipienti reponere, se queri de inofficioso, atque ita querelam inducere per modum explicationis. Paul. 4. *sent.* 5.

Aut iniquè se exhæredatos, aut iniquè præteritos) Rursus hæc duo conjungit, exhæredare & præterire, ut paulo ante & Marcell. *l.* 3. *eod.* nimirum quia non exhæredatis solùm, sed etiam præteritis de inofficioso agere licet; præteritis scilicet ab iis parentibus, quorum præteritio vim exhæredationis habet. Et igitur horum alterum, *exhæredatos*, nemo est, qui non videat ad patrem referri, alterum, *præteritos*, ad matrem & avum maternum. Quod
7 ideo iterum hic moneo, ut appareat, nullam esse causam, cur interpp. vulgo ex eo, quo auth. *ex causa, C. de lib. præt.* generaliter & indefinitè ab Irnerio concepta est hoc modo, *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutionem; cætera namque firma manent*, collegerint, id jus ad præteritionem quoque paternam pertinere, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit, etiam jure novo, tamen hoc jure duntaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cætera capita, puta legata, libertates, dationem tutorum: atque hactenus etiam in proposito jus vetus mutatum, *l.* 1. *l. filio* 17. *de injust. rupt. cum similib.* Etenim animadvertere debuerant, Justinianum in *Nov.* 115. *c.* 3. unde dicta *auth.* sumpta est, non aliter loqui, quàm hoc ipso loco. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos suos exhæredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjecta attribuenda sunt, ut exhæredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum propriè ad patrem, alterum ad matrem referri constar. Liquet hoc ex eo, quod *d. Nov. c.* 5. apertè profitetur, hoc solum sibi propostum esse, ut injuriam exhæredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam verò injuria ea propriè est, quæ vel exhæredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet, *l.* 8. *in pr. hoc tit. l.* 4. *vers. quod si fuisset, circa med. C. de lib. & præt.* Præteritis à patre cum effectu non inferebatur injuria; quippe qui testamentum nullum dicebant: exhæredatis & à matre præteritis inferebatur: quæ etsi vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quovis titulo relicta fuerat, quantumvis liberis obsequentissimis, injuria illa manebat. Cui rei occurrere voluit *Justinianus*, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam, legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset, liberos vel hæredes institui vel exhæredari. Cæterum quia illata per exhæredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione, sufficere etiam ei visum fuit, institutionem solam rescindi, salvis cæteris capitibus, cùm olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteririonem paternam, ex qua causa testamentum aut ab initio nullum est, aut rumpitur agnatione sui hæredis, aut per bonorum possessionem contra tabulas evertitur; neque ad eam produci sine insigne liberorum læsione potest. Atque hanc sententiam Azoni & plerisque veterum probatam fuisse, testatur Jas. *in d. auth. ex causa, num.* 1. sequitur Cujac. *in l. filio* 17. *de injust. rupt.* Govean. *in l.* 1. *de vulg.*

vulg. & pup. num. 27. Vvesemb. *ad* §. 5. *sup. de exhær. lib.* diss. vulgo DD. & ex recentioribus Duar. *in tit. de injust. rupt. cap.* 3. Don. *in d. auth. num.* 6. & 7. Connan. 9. *comm.* 8. Sunt, qui interesse existimant, utrum præteritio ignoranter à patre facta sit, an scienter: illo casu tamen testamentum corruere, nisi adjecta sit clausula codicillaris; hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa firma manere: quæ sententia à præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit, Ant. Fab. *C. suo de lib. & post. defin.* 1. Christin. *vol.* 4. *dec.* 9. & probatur D. Tuldeno *in comm. hic, c.* 1. Cæterum vide, quæ sup. *n.* 5.

Hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint) *L.* 2.
8 *l.* 5. §. 1. *l. Titia* 13. *eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerint, *l. qui repudiantis* 17. §. 1. *eod.* Unde etiam est, quod cùm contra testamentum pronuntiatum esset, nihil ex eo testamento valebat, *l.* 8. §. *pen. d. l. Titia* 13. *l. cum mater* 28. *eod.* Quæsitus autem hic color fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tabb. quæ liberam undequaque potestatem testandi patrifam. concedit, *l. verbis* 120. *de verb. sign.* Maximè autem liberis hoc colore iniquitatem exhæredationis tegere convenit ob verecundiam. Bartolus in *d. l. Titia* 13. putat, colorem istum dementiæ jam non amplius prætexi posse, quia demens videri non potest, qui filium ex justa causa exhæredat: præsupponit enim, non aliter querelæ locum esse. Sed ut ita sit, quid si falsum sit elogium? quod præsumitur, si ab hærede non probetur. Numquid falsam causam obicere filio immerenti contra officium pietatis prope furiosi hominis esse videtur? Planè dicendum hodie est, colorem istum furoris tantùm prætendi ad rescindendam institutionem, quod testamenti principale est, cùm cætera capita tamquam à sano homine facta beneficio novæ legis conserventur, *d. auth. ex causa.* Ita contr. Bart. Viglius & Mynsf. hic disputant. VINN. Quam ipse Vinnius fateatur, quæsitum fuisse hunc colorem, ne sani hominis testamentum contra auctoritatem legis XII. Tab. impugnari videretur: consequens omnino esse videtur, ut is color hodie esset. Olim licebat parentibus impune liberos & præterire, & exhæredes scribere: nullaque prodita erat actio, qua liberi testamenta paterna impugnarent, quamvis iniquissimè essent hæreditate exclusi. Id quum durum videretur JCtis, callidè reperere modum juvandi injustè exhæredatos. Quum enim furiosorum testamenta non valerent, impugnabant tabulas tam inhumani parentis, tanquam ab homine emotæ mentis factas: eam autem dementiam colligi posse existimabant ex filii morigeri exhæredatione vel præteritione. Si itaque colore illo opus fuit, quia nulla actio legibus prodita erat: hodie sanè eo non erit opus, postquam hæc querela legibus probata est. HEIN.

Non quasi verè furiosus sit) Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non verè demens dicitur, *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* nam qui filium immerentem exhæredat, patrem qui præterit, prope à furioso abesse fingitur, eo quod non sentiat, sibi se esse injuriam, cùm liberis aut parentibus injuriam facit. Quod verò testamentum à verè demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est, factum quippe ab eo, qui testamenti factionem non habet: ac proinde hoc non attento, recta succeditur ab intestato.

Non ex officio pietatis) Καὶ ἀυτῆς τῆς φύσεως σχεδὸν ἐξελθὼν ἀπώλεσε τὸν πατερα, τὸ φιλοστοργον, το ἥμερον, &c. *Ipsorumque deserens naturam exuit nomen patris*, &c. quod prope à furore abest.

TEXTUS.

Qui de inofficioso agunt.

1. *Non autem liberis tantùm permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verùm etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus personis scriptis hæredibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes hæredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.*

NOTÆ.

1. *Inofficiosum accusare*) Pro eodem dicunt nostri, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum. Una autem eademque actione & rescindi testamentum petitur, & vindicatur hæreditas tamquam ab intestato, *l.* 8. §. 8. *l.* 20. *l.* 21. §. *ult. l.* 27. §. 3. *eod.* Cujac. *par. C. eod.*

Etiam parentibus) *L.* 3. *eod.* quippe quibus turbato ordine mortalitatis, non minus, quàm liberis piè relinqui debet, *l.* 15. *eod. l.* 7. §. 1. *si tab. test.* Datur autem querela non patri solum, sed etiam matri, *d. l.* 3. *l.* 14. & *seq. eod.* nec interest, exhæredati sint, an præteriti, dummodo injustè. Nam ex justa causa, una illarum octo, quæ enumerantur *Nov.* 115. *cap.* 4. cum effectu exhæredari possunt, modo exhæredationi addatur elogium.

Soror & frater) Hebræorum jure uterini pro fratribus non habebantur. Mos. Maimonid.

Aut agentes vincere) Si tamen egerint, & nemine eos repellente obtinuerint, prodest eorum victoria proximis ab intestato, *l. 6. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui liberi de inofficioso agere possint?*

2 *Cur placeat etiam parentibus querelam dari, & quibus quando detur?*

3 *Contra rationem juris tam veteris, quàm novi, esse videri, quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes; quam difficultatem pauci cernant.*

4 *An jure novissimo fratres una cum parentibus ad querelam admittendi, aut illis saltem prosit horum victoria?*

5 *An fratres uterini hodie cum consanguineis concurrere debeant, aut his vincentibus illi quoque ad successionem ab intestato venire?*

6 *An spurii in quæstione proposita pro turpibus personis habendi?*

NON *autem liberis tantùm*) Querela inofficiosi testamento primo competit liberis: & merito, quoniam prima eorum causa est in successione ab intestato: utpote quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocandos *l. 7. de*
1 *bon. damn.* daturque liberis omnibus cujuscumque sexus aut gradus sint, & tam emancipatis, quàm in potestate constitutis, *l. 7. hoc tit. l. 8. in pr. cont. tab.* item qui numquam in potestate fuerunt, *§. ult. sup. de exhær. lib.* tam adoptivis, quàm ex nuptiis quæsitis: servata tamen distinctione, *l. pen. C. de adopt.* In impubere arrogato speciale est, quod queri non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pii *l. 8. §. si quis 14. hoc tit.* Datur & legitimatis per *§. 2. inf. de hær. quæ ab int. Nov. 89.* Datur non tantum liberis jam natis, verùm etiam posthumis, & tam alienis, quàm suis, *l. 6. in pr. eod. §. seq. in fin.* ubi plura. Illud pene supervacuum mouere, querelam competere iis liberis dumtaxat, qui jus succedendi habent: nam qui non habent, cùm iis neque legitima debeatur, de inofficioso queri non possunt. Proinde liberi illegitimi, sive vulgo quæsiti, sive nati ex concubina patris, testamentum inofficiosum non dicunt: de matris autem agere possunt, *l. si suspecta 29. §. 1. eod.* vid. Bart. Salic. Castr. *in l. pen. C. ad sen. Orfic.* Ex privilegio est, quod de inofficioso testamento militis nemo queri potest, *l. Papinianus §. si quis 4. l. si instituta 17. §. 2. eod. l. 9. l. testamentum 24. C. eod.* DD. plerique *in d. l. 9.* tradunt, hodie etiam militum testamenta querelæ esse obnoxia, & ita usu servari. Autumn. *ibid.*

Liberorum parentibus) Post liberos secundo loco querela datur parentibus. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditas præter votum parentum & naturalem erga filios charitatem; turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quàm liberis piè relinqui debet: ut benè & piè Papinianus in *l. nam etsi 15. hoc tit.* Id autem hanc habet sententiam: etsi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc sit, ut liberi supervivant & succedant parentibus, atque idcirco non sic parentibus, quos sola ratio miserationis admittit, liberorum debeatur hæreditas, ut liberis parentum, quos admittit naturæ simul & commune parentum votum, ut idem Papinianus scribit *in l. 7. §. 1. unde lib.* tamen turbato ordine mortalitatis, id est, si contingat liberos prius ex hac vita evocari, & præpostera atque immatura morte abripi, vivis adhuc parentibus, rationem pietatis seu miserationis exigere, ut ne parentes à luctuosa liberorum suorum hæreditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietatis facere liberos, qui parentes suos sine causa exhæredant aut prætereunt; atque ob eam causam parentibus quoque actionem, de inofficioso dari. Datur autem parentibus itidem omnibus sive masculis sive fœminis, *l. 1. l. 14. & seq. eod. l. cùm filium 17. C. eod.* qui modo ad successionem liberorum vel legitimo jure vel honorario venturi fuissent; de quo statuendum ex iis, quæ de liberis dicta sunt. Exhæredati sunt parentes, an præteriti, nihil interest: nam hæc in linea adscendentium & collateralium non differunt. Cæterum ut effectum habeat exhæredatio aut præteritio, tutumque sit testamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque facienda est, & vel una saltem ex causis, ob quas parentes exhæredari aut præteriri permisit Justinianus, testamento inferenda, *Nov. 115. c. 4.* Causæ autem hujusmodi admissæ octo tantùm, quæ ordine enumerantur *d. c. 4. §. 1. & seqq.* Nimirum pauciores hic causæ sunt, quàm in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ à liberis in parentes commissa pœnam merentur. Illud difficultate non caret 1 quod parentes statim post liberos ad querelam admittimus, sive veteris juris rationem consideramus, sive novi Justinianei. Nam ante novellam Justiniani legem fratrum prior al-

atque potior in querela, quàm parentum causa fuisse videtur, *arg. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. 2. C. ad Tertull. l. ult. C. comm. de succ. pr. sup. quib. non est perm. fac. testam. vers. si vero.* quibus locis ad successionem ab intestato demum post fatres patrem vocari legimus. Jam verò ratio juris postulat omnino, ut quo quisque ordine ad successionem á lege vocatur, eodem ordine admittatur ad querelam; per quam res ad causam intestati redigitur; quo enim quisque potiore jure est in causa successionis, eo majorem exhæredatus aut præteritus patitur injuriam. Fac ergo, verbi causa, Titium, cùm patrem & fratrem haberet, utroque præterito hæredem instituisse in bonis castrensibus: quid tam absurdum est, quàm si dicamus, patrem solum queri de inofficioso posse, exclusoque fatre hæreditatem consequi, ad quam testamento non facto solus frater venisset excluso patre? *d. pr. vers. si vero. sup. quib. non est perm. fac. testam.* Ego non dubiro, quin à posterioribus Principibus istud constitutum sit, non animadvertendus, quæ inde consecutura esset veteris juris perturbatio. Nam si de jure, quod in Pand. relatum est, quæratur, filiusfam. hæredem ab intestato habere non poterar, sed pater jure peculii bona, quæ filii fuerant, (alia autem quàm castrensia & quasi castrensia non erant) occupabat, *l. 2. l. 9. de castr. pec.* Quod si filius de his bonis, quod ipsi permissum erat, testamentum fecisset, id testamentum querelæ non erat obnoxium; atque id jus etiam Justinianus confirmavit, *l. ult. C. hoc tit.* Cæterum sustulit *Nov. 15. cap. 4. in pr.* ur verba illa, *in quibus habent testandi licentiam*, manifestè ostendunr. In successione autem filii emancipati pater manumissor præferebatur defuncti fratribus, & omnino jure patris potior erat, ut mirum non sit, in querela quoque fratribus prælatum fuisse: quæ omnia à me copiosius tracta sunt sub *§. ult. inf. de leg. agn. success.* Mater ex Senatusconsulto Tertulliano ad legitimam hæreditatem liberorum vocata fuit, ita tamen, ut fratres consanguinei matrem excluderent, *§. 3. inf. de sen. Tertull.* Unde sequi videtur, eos etiam ad querelam ante matrem admissos fuisse. Nihil tamen definio. Novissimo jure, postquam
4 placuit fratres defuncti una cum parentibus admitti ad hæreditatem, *Nov. 118. cap. 2.* dicendum videtur, eriam simul eos cum parentibus admitti ad querelam: aut si hoc minus placet, dicam, fratres saltem admittendos parente repudiante, utique si turpis persona instituta sir: quippe cùm tunc ex sua persona frater querelam movere possit. Utut, illud extra controversiam positum esse debet, victoriam parentum fratribus quoque prodesse, cùm nulla sit ratio, cur rescisso testamento, & re ad causam intestati deducta, fratres excludantur. Et ita quoque sentiunt Joan. Fabian. Ang. Baro & Mynsig. *hic*, licet aliud Viglio & D. Tuldeno *ad tit. de hæred. quæ ab int. cap.* 8. videatur, putantibus, hoc pacto fraudem legi fieri: sed falso, cùm maximè sit ex sententia legis ut fratres una cum parentibus ab intestato succedant, *d. Nov. 118. cap. 2.* Neque novum est, ut quis aliquid commodi propter tertium percipiat, quod per se ipse non habuisset, *l. cum hæreditate 55. de acq. hæred. l. 10. §. ult. cont. tab. l. 3. in fin. quæ res pign. dar. l. 10. quemadm. serv. am. l. 5. §. 2. ad SC. Tertull.* Apud nos iis demum in locis parentes ad querelam admittuntur, ubi vocantur ad successionem: de quo *sub d. tit. de hær. quæ ab int.* add. D. Coren. *observ. 10. n. 8. & seqq.*

Soror autem & frater) *L. 1. hoc tit. l. fratris 21. C. eod.* Fratres autem & sorores hic intelliguntur germani aut consanguinei sive ὁμοπάτριοι; nam uterini ab actione de inofficioso contra testamentum fratris aut sororis penitus arcentur, *l. fratres 27. C. eod.* Hodie verò cùm fratres uterini in successione concurrant cum fratribus consanguineis, consequens est, ut etiam in querela cum iisdem concurrant, aut saltem vincentibus illis, simul ad successionem intestati veniant.

Turpibus personis) *D. l. fratres 27. C. hoc tit. l. 3. C. Theod. eod.* Itaque fratribus querela datur, non simpliciter ut præteritis, se ut postpositis turpi personæ; atque adeo odio scripti hæredis. Cùm autem turpis persona definiatur à Constantino, *quæ vel turpitudinis, vel infamis, vel levis notæ macula aspergitur, d. l. fratres*, quæsitum est de spuriis; num & illi talium personarum numero habendi? Spuriorum causam cum DD. comm. defendunt Gabriel Palæot. *tract. de nothis spuriisq. lib. c. 55. & seqq.* Hartm. Pistor. *lib. 1. quæst. 30. n. 26. & seq.* D. Tulden. *hic, c. 3.* quia, ajunt, neque jure infames sunt, neque ipsi quicquam admiserunt, quod existimationem eorum lædat apud nos viros: *Crimen autem paternum nullam maculam filio infligere posse, l. crimen 26. de pœn. nativitatem, quæ vitio aut culpæ verti nemini potest, pœnæ esse non debere: undecumque homines nascuntur, si parentum vitia non sectentur, honestos esse.* Augustin. *cap. undecumque, dist. 56.* Cæterum ut hæc vera sint, negari tamen non potest, quin labes aliqua & macula spuriis adhæreat, non quidem ex facto sic nascentium,

tium, ceu pœna inusta: sed ex vitio ac defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui possunt, ut scribit Plutarch. *lib. de educ. lib.* vixque est, ut defendi possit, eum, qui ex vulgivaga Venere & improbata gentibus omnibus conjunctione natus est, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra & legali persona, ut loquuntur, habendum esse. Qua de re eleganter differit vir doctissimus Arnisæus *lib. 2. de repub. c. 2. sect.* 13. Illud equidem minimè concedo, quod Covar. 2. *de sponf.* 8. *n.*11. Card. Tusc. *concl.* 454. *n.*17. statuunt, meretricem, quæ postea nupsit, pro persona infami habendam non esse, propterea quod præcedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim aboletur turpitudo, quæ postea intermittitur, *l.* 43. §. 4. *de rit. nupt.* utique manet adhuc litura prostitutæ quondam pudicitiæ; at excluduntur à fratre, qui vel levis notæ macula adsperguntur. Pœnitentia quidem & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus sæculi tribunalibus, *l.* 65. *de furt. l.* 5. *vi bon. rapt.* Ut autem turpis persona instituta sit; non tamen statim frater ad querelam admittitur. Quid enim si ipse eadem turpitudine, qua hæres scriptus, laboret? Nihil hic habet frater, quod hæredi objiciat, *arg. l.* 11. *C. hoc tit. l. cum mulier* 47. *sol. matr.* Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus causis expressis *Nov.* 22. *c.* 47. easque causas opponi ab hærede & probari sufficit, etiamsi à testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est. Gudelin. *de jur. nov. lib.* 2. *c.* 8. VINN. Ast Spurios tamen haud intelligi in *l.* 27. *C. hoc tit.* singulari dissertatione *de levis notæ macula* demonstrari à nobis meminimus. HEIN.

Ultra fratres & sorores, &c.) Cognatos, qui sunt ultra fratrem, Ulpianus in *l.* 1. *hoc tit.* hortatur, ne se sumptibus inanibus vexent, eo quod in lite de inofficioso obtinere spem non habeant. Ex quo explicandum est, quod Justinianus hic simpliciter ait, eos nullo modo agere posse aut agentes vincere: item quod Dioclet. & Maxim. rescribunt, *in l. fratris* 21. *C. eod.* neminem eorum qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admitti: nimirum non admitti, agere aut agentes vincere, suoque jure testamentum evertere non posse, si exceptio iis objiciatur non competentis querelæ. Planè enim si egerint, & nemine forte eos repellente obtinuerint, testamentum jure rescissum manet, remque proximi ab intestato auferunt, *l.* 6. §. 1. *eod.* Similem superioribus quæstionem peperit constitutio Justiniani, *Nov.* 118. *c.* 3. ubi cum fratribus defuncti ad successionem admittit fratrum demortuorum filios: de hac autem quæstione idem quod de præcedentibus judicium esto. VINN. Est hoc ex jure novo, invecto, ut videtur, postquam portio legitima invecta est. Jure enim antiquo & alios agnatos cognatosque remotiores, immo & amicos extraneos inofficiosi querelam instituisse, clarissimè patet ex Valer. Max. *lib.* 7. *cap.* 6. Conf. *Antiqu. nostr. Rom. hoc tit.* §. 7. HEIN.

TEXTUS.

Qui alio jure veniunt, de inofficioso non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi, quàm secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

NOTÆ.

2. *Naturales liberi*) Id est, justis nuptiis quæsiti: *v. sup. de adopt. in pr.* quibus exæquati & qui postea facti legitimi. *Nov.* 89. Matris autem testamentum etiam spurii inofficiosum dicunt, *l.* 29. §. 1. *eod.*

Nostræ constitutionis divisionem) Adoptati ab ascendente queri possunt, ab extranea persona non possunt. Constitutio est *l. pen. C. de adopt.*

Alio jure veniunt) Igitur impuberes adrogati queri non possunt, quia quartam habent ex constitutione D. Pii, *l.* 8. §. 15. *hoc tit.* nec sui nec emancipati præteriti à patre, quia illorum præteritio patrem intestatum facit, hi habent contra tabb. *sup. de exh. lib.* quam ob causam querela dicitur ultimum adjutorium. *l. ult. C. de lib. prat.* ἐσχάτη βοήθεια. Theoph.

Posthumi, qui nullo alio jure) Ac proinde non aliter quàm si sint exhæredati: nam & posthumi sui & quasi posthumi præteriti, agnascendo aut quasi agnascendo testamentum rumpunt: ex filio concepti post emancipationem bonorum possessores efficiuntur, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *pr. cont. tab.* §. 1. 2. & 5. *sup. de exhib. lib.* Cæteri posthumi alieni aliud remedium non habent, *l.* 6. *hoc tit.*

COM-

Commentarius.

1 *Quam rationem habeat, quod qui alio jure venire possunt, ad querelam non admittantur?*

2 *Cur parenti manumissori querela datur, cùm contra tabulas petere posit?*

3 *Quando posthumis querela necessaria: & num idem adhuc hodie?*

Secundum nostræ constitutionis divisionem) Intelligit constitutionem, quæ extat in *l. pen. C. de adopt.* cujus crebra in hisce libris mentio, *§. 2. sup. de adop. §. 5. sup. de exhær. lib. §. 1. tit. præc. §. sed ea. 14. inf. de hær. quæ ab int.* Significat autem, ex sua constitutione eos dumtaxat liberos à patre naturali in adoptionem datos queri de inofficioso patris testamento posse, qui dati sunt personæ non extraneæ, puta avo aut proavo materno. Illud sæpe monuimus, perpetuum esse in jure nostro, ut cùm liberi naturales opponuntur liberis adoptivis, per eos significentur liberi ex justis nuptiis procreati, *l. 1. §. liberos. 6. unde lib. l. 1. §. 2. de suis & legit. sup. de adopt. in pr. §. 2. inf. de hær. quæ ab int.* quamquam matris testamentum etiam naturales illegitimi, adeoque spurii, inofficiosum dicunt. *l. si suspecta. 29. §. 1. hoc tit.*

1 *Qui ad hæreditatem, &c. alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt*) Hoc, credibile est, introductum esse, ut quoad fieri posset, salvo jure exhæredati aut præteriti, existimationi testantium parceretur, quos querela, dum quæsito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humanè, nec piè fecisse arguit. Estque querela remedium extraordinarium ac subsidiarium; cujusmodi concedi non solet ei, qui communi & ordinario auxilio munitus est, *l. in causæ. 16. de minorib.* Proinde qui testamentum nullum, ruptum aut irritum dicere potest, inofficiosum non dicet; nisi forte justa causa sit dubitandi, an alio remedio æquè cautum sit agenti; tunc enim eligere licet, *l. 8. §. si quis. 12. hoc tit. fac. l. 7. §. 3. de dolo.* & si quis, exempli gratia, nullum dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur postea de inofficioso queri, *l. contra. 16. & ibi* Sichard. *C. eod.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum possessionem contra tabulas admittuntur, de inofficioso agere non possunt, *l. si ponat. 23. eod.*

2 In summa de inofficioso agere non potest, nisi qui omni alio auxilio tum civili tum prætorio destitutus est: quam ob causam querela inofficiosi ultimum dicitur adjutorium, *l. ult. vers. nam cùm ultimum. C. de lib. præt.* ἐσχάτη βοήθεια. Theoph. Sed hic jam quæret aliquis, cur igitur patri à filio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cùm *bonorum filii possessionem contra tabulas* petere posit: *tit. si à patr. quis man.* In promptu responsio est, hanc bonorum possessionem non dari patri tamquam patri, sed tamquam manumissori & patrono: nam emancipatus à parente in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti exitum patiatur, *l. 1. in pr. d. tit.* Ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficiosi. Et longè diversa est ista bonorum contra tabulas possessio ab ea, à qua excluduntur exhæredati, & similes exhæredatis, præteriti, *l. 8. in pr. cont. tab.* quæ ad parentes non pertinet, sed tantùm ad liberos à patre præteritos & maximè emancipatos, *l. 1. & pass. d. tit.* Considerandum quoque est, bonorum possessionem, quæ ad exemplum patroni patri datur, non esse remedium ejusdem potestatis, nec æquè plenum, ac querela: cùm querela totum testamentum rescindat, bonorum autem ista possessio constitutæ tantùm partis plerumque detur, *l. 3. si à par. quis man.* Nocere autem parenti non debet, quod jura patronatus habeat, cùm sit pater, uti disputat Jurisconsultus *d. l. 1. §. ult. eod.* & translatitium apud nostros est, posse cum ordinario remedio concurrere extraordinarium, quoties hoc plenius est, atque expeditius. Planè qui de inofficioso acturi erant, accipiebant quidem etiam bonorum possessionem, sed eam, quæ litis ordinandæ gratia querentibus erat necessaria, ut justo titulo niti, & hæreditatem petere viderentur, *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. in pr. hoc tit.* Cæterum ea bonorum possessio sine re & effectu erat: nequeenim ideo scriptis hæredibus bonorum possessio auferebatur, *l. 2. C. eod.* cujus rei etiam supra meminimus *ad §. pr. hujus tit.*

Posthumi quoque, qui nullo alio jure) Constat, jure veteri liberos omnes exhæredatos pari hac in re conditione fuisse, ut nec jure civili, nec prætorio testamenta parentum turbarent, unamque tantùm illis superfuisse querelam inofficiosi testamenti, *l. 8. in pr. cont. tab.* Idque ita erat, sive causæ ingratitudinis testamento adscriptæ essent, sive non essent: sive constaret liberos ingratos non fuisse, sive constaret ne ingratos quidem esse potuisse: ideoque in infante quoque exhæredato valebat testamentum, necessariaque erat exhæredato inofficiosi querela: quod jus à Justiniano quoque confirmatum, *l. si quis. 33. §. 1. C. hoc tit.* Posthumo non tantùm exhæredato, verùm 3

etiam præterito valebat ab initio teſtamentum: ſed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur teſtamentum : exhæredatus non rumpebat, ſed ad reſcidendum teſtamentum non ei minus quàm cæteris liberis exhæredatis querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Juſtinianus *l. omnimodo.* 30. §. 1. *C. eod. & hoc noſtro* §. Pro exhæredatione reputamus etiam eam præteritionem, quæ à matre aut avo materno facta eſt, §. *ult. ſup. de exhær. lib.* Cæterum non perſtitiſſe in eo jure Imperatorem, totumque hoc abrogaſſe, *Nov.* 115. *c.* 3. pleriſque interpretum noſtrorum viſum fuit : qui ſic ratiocinantur : ſi ex *dict. Nov.* teſtamentum ipſo jure nullum eſt ; cùm liberi, in quos cadere poteſt ingratitudo, exhæredati ſunt ſine expreſſione juſtæ cauſæ ingratitudinis, multo magis ubi nulla eſſe poteſt exhæredationis cauſa, ut in infante & poſthumo, teſtamentum his exhæredatis nullum erit, aut agnatione poſthumi rumpetur: ac proinde cùm alio jure ex *d. Nov.* veniat, ad querelam, non debent admitti. Mihi verò contra videtur ſententia iſta conſtitutioni Juſtiniani planè adverſari. Jubet quidem Juſtinianus, liberos exhæredari juſtis de cauſis, eaſque adſcribi ; cæterum non ut teſtamentum ab initio conſtet, ſed ut ſi contra factum ſit, reſcindatur, ne exhæredatio noceat; caveatque nominatim, ne noceat ſolis liberis, non ut aliis ea proſit : quod futurum eſt, ſi teſtamentum non reſcindi, ſed nullum eſſe dicimus. Quamobrem ſtatuimus etiam poſt *d. Nov.* dummodo liberi, quicumque erunt, rite ſint exhæredati ſecundùm formam juris veteris, quantumvis nulla ſit cauſa exhæredationis, aut non ſit adſcripta, jus antiquum manere, & querelam ſolam exhæredatis dari, etiam poſthumis & infantibus. Pluribus argumentis, quibus hæc ſententia ſtabilitur, uſus ſum *ad pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De eo, cui teſtator aliquid reliquit.

3. *Sed hæc ita accipienda ſunt, ſi nihil eis penitus à teſtatoribus teſtamento relictum eſt. Quod noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacumque pars hæreditatis, vel res, eis fuerit relicta, de inofficioſo querela quieſcente, id quod eis deeſt uſque ad quartam legitimæ partis repleatur ; licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

NOTÆ.

3. *Noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ*) Ipſorum parentum gratia : nam cujus teſtamentum inofficioſum dicitur ejus opinio læditur & pudor ſugillatur, dum inſimulatur dementiæ. Plin. 5. *Epiſt.* 1. conſtitutio eſt, *l.* 30. *C. hoc tit.*

Quod deeſt repleatur) Condictione ex *d. l.* 30. quæ actio diverſa eſt ab illa de inofficioſo. Condictio illa perpetua eſt, atque ad hæredes tranſmittitur ; querela finitur quinquennio, *l.* 8. §. *ult. & l. ſeq. eod. l.* 34. *C. eod.* nec tranſmittitur, niſi præparata, *l.* 6. §. *ult.* cum 2. *ll. ſeqq. eod.* illam excludit agnitio relicti, hanc non item.

Licet non fuerit adjectum) Quod adjici olim ad excludendam querelam neceſſarium, *l.* 25. *eod. l.* 4. *C. Th. eod.* Alioqui etiam hæres in minore parte inſtitutus queri poterat, *l.* 3. *C. eod.* excepto quod fratribus cohæredibus adjectis quartæ petebat ſuppletionem. Paul. 4. *tit.* 5.

COMMENTARIUS.

1 *Jus vetus, & quatenus ab eo paulatim receſſum conſtitutionibus Juſtiniani?*

2 *Auctio portionis legitimæ, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat.*

3 *An ut augeri & minui legitima poteſt, ita & in totum tolli?*

4 *Si minus legitima relictum, qua actione quod deeſt, petatur? & quibus rebus ea actio differat à querela inofficioſi.*

IN hoc loco explicando multum operæ Weſembecius poſuit: alii, ut Vig. Mynſ. Hot. leviter tantùm eum perſtrinxerunt. Difficilem
ſane reddit crebra juris mutatio. Veteres juris 1
auctores putaverunt, teſtamentum, in quo debita legibus portio iis, qui queri poſſunt, relicta eſſet, pro inofficioſo aut contra pietatem facto habendum non eſſe. Cæterum ut id ab expugnatione immune eſſet, totam legitimam, id eſt, quartam integram debitæ portionis ab inteſtato, ex judicio defuncti, eos habere voluerunt, ſive in hæreditate, ſive in legato aut fideicommiſſo, *l.* 8. §. *ſi quis.* 6. & §. 8. *h. t.* Si minus relictum eſſet, querela iis non denegabatur, niſi judicium defuncti agnatione relicti aut quavis ratione comprobaſſent, *d. l.* 8. §. *conditioni.* 10. *l. ſi part.* 10. §. *ult. l. nihil.* 12. *filius.* 22. *l. pen.* §. 3. & 4. *l. ult. eod.* Planè ſi expreſsè in hoc aliquid datum fuiſſet, ut in quartam haberetur, neque id quartam æquaret, boni viri arbitratu repleri poterat, *l. ſi non mortis.* 25. *eod.* Paulus quoque *lib.* 4. *ſent.* 5. ſcribit, filium ex minore parte inſtitutum, cui fratres cohæredes da-

dati sint, jure desiderare, ut portio debita suppleatur citra inofficiosi querelam, unde simul apparet, adjectis extraneis secus fuisse. *fac. l. 3. C. hoc. tit.* Illud omnino certum est, quando testator nominatim cavisset, ut si minus relictum esset, suppletio ad modum quartæ fieret, tunc cessante querela id ipsum boni viri arbitratu hæredem supplere debuisse, *l. 4. C. Theod. eod.* Illud igitur hic apprimè notandum, olim ita jus fuisse, ut non tam ipsa exhæredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quàm quartæ sive legitimæ portionis per exhæredationem aut præteritionem ademptio: atque hinc evenisse, ut & is, cui exhæredato pars legitima relicta esset, à querela repelleretur, & is, qui ex minore parte, quàm quæ legitimam conficeret, hæres institutus esset, datis cohæredibus, admitteretur ad querelam, ut perspicuè probat d. locus Pauli & Ulpiani quoque in *d. l. 8. §. quarta. 9.* quod quia in principio omissum est, hìc annotare libuit. Videamus nunc, quatenus Justinianus ab hoc jure recesserit ea constitutione, cujus hìc meminit, & quæ extat *in l. omnimodo. 30. C. hoc tit.* Is verera jura intacta servari expresse voluit, id est, querelam inofficiosi locum habere, cùm nihil exhæredatis aut præteritis testamento relictum est, *§. 1. d. l. omnimodo. & l. seq.* At si ei, qui queri poterat, aliquid relictum sit, vel in hæreditate, vel in legato aut fideicommisso, id satis Imperatori visum est ad excludendam querelam confirmandumque testamentum; jubetque hoc casu id, quod deest, usque ad portionem legitimam suppleri, licet testamento adjectum non fuerit, ut boni viri arbitratus suppleretur, *d. l. omnimodo. in pr.* quod etiam repetit *l. quæ nuper. 31. & aliquot seqq. C. eod.* & exprimit hoc §. Loquitur generaliter, profiteturque, se hoc constituisse, ut amputaret innumerabiles occasiones subvertendi ultimas hominum dispositiones, atque in eo respexisse ad verecundiam naturæ. Ac proinde Wesembecio assentiendum non est, qui arbitratur, in una tantùm specie, cùm scilicet nominatim aliquid in quartam seu pro legitima relictum est, correctioni constitutionis & suppletioni locum esse: sin autem simpliciter quid relictum sit, queri etiamnum exhæredatis licere, nec d. constitutionem refragari. Alia constitutione Imperator sancivit, ut etsi quis relictum aut inter vivos sibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, post obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcirco tamen impediretur actione expletoria id quod legitimæ deest, persequi; nisi agnoscens adjecerit, nullam sibi superesse de repletione quæstionem, *l. si quando. 35. §. 2. & 3. C. eod.* Novissimo jure non tam debitæ portionis per exhæredationem ademptio, quàm ipsa exhæredatio per se querelam inducit: adeo ut quamvis quartam liberi aut parentes habeant, si tamen immerenter reperiantur exhæredati, conqueri non prohibeantur. *Nov. 115. c. 3. 4. & 5.* De quo accuratius sub. *§. ult. inf. eod.*

Ad verecundiam naturæ) Ne scilicet temere atque irreverenter liberi prosiliant ad impugnanda ac rescindenda testamenta parentum, quorum ut persona, ita & voluntas sancta iis esse debet: & in universum, ut aliorum quoque pudori consulatur, nec tam crebra fit occasio suprema hominum judicia evertendi, tamquam impia atque inhumana, quæsito colore ac prætextu futuri, *d. l. omnimodo. in pr. C. hoc tit.* Nam is, cujus testamentum inofficiosum dicitur, dementiæ videtur insimulari: ejus certè opinio læditur, & pudor suggillatur. Plin. *5. ep. 1.* Igitur post introductam actionem ad supplementum, neque institutis in parte aliqua hæreditatis, neque iis quibus exhæredatis per legatum aut fideicommissum aliquid relictum esset, quantumvis minùs legitima portione, querela amplius competit: sed iis solùm, quibus nihil omnino relictum erat neque in hæreditate, neque in re alia, *d. l. omnimodo. & l. seq. C. eod.* Nemo verò putet, si testator filio, quem in potestate habet aut habuit, præterito, quartam partem, verbi causa, legaverit, prohiberi constitutione Justiniani testamentum nullum dicere, aut bonorum possessionem contra tabulas accipere: nam ad ea tantùm patrum testamenta constitutio pertinet, quibus filii in potestate constituti aut emancipati legitimè exhæredati sunt, ut alio remedio attentari aut infirmari non possint, quàm subsidiario querelæ *§. 2. præc.*

Ad quartam legitimæ partis) Legitimam partem hìc vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ successionis ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. Plerumque tamen ipsa quarta, ad quam in proposito repletionem fieri vult, legitima dicitur, item debita portio & debitum bonorum subsidium, *l. 8. §. unde. 11. hoc tit. l. 5. C. de inoff. don.* Græcis τὸ νόμιμον μέρος. Atque adhuc hodie quarta passim appellatur, nimirum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus, quam dixi, portionis, scilicet quæ ad eum, qui quæritur, perventura fuisset, si paterfam. intestatus decessisset, *l. 8. §. si quis mortis. 6. eod.* Quo primum tempore aut qua lege modus hujus portionis sic definitus sit, non liquet. Justi-

tinianus quantitatem auxit in liberis, proque quarta substituit quartam, in liberis pluribus quatuor etiam semissem, *Nov.* 18. quod augmentum etiam ad parentum legitimam ratione trientis pertinere statuunt comm. DD. hìc & in *auth. novissima. C. hoc tit.* Graff. §. *legitima. quæst.* 9. & Magister apud Hermen. *lib.* 5. *tit.* 9. §. 14. Nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter porrigunt; quos sequitur Fachin. 4. *contr.* 28. quamquam neutrum horum aut inscriptioni tituli, aut præfationi constitutionis, aut rationi constituentis mentive convenit; neque temere admittenda videtur extensio, cùm utique major sit ratio liberorum. Neque verò verbis generalibus, quibus clauditur *cap.* 1. *dict. Nov.* 18. comprehenduntur parentes & fratres, sed diversæ liberorum personæ designantur, videlicet filii, nepotes, pronepotes, posthumi omnes, tum in paterna, tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus apertè significat, & benè observavit Vaudus *lib.* 1. *var. quæst.* 50. Usus tamen
3 augmentum admisit in parentibus. Porro hæc constitutio Justiniani occasionem DD. dedit quærendi, utrum quemadmodum legitima augeri & minui lege civili potest, ita possit & in totum tolli? Vulgo sic censent, liberorum & parentum legitimam mutari tantùm posse, tolli non item; fratrum posse & tolli: utunturque hoc argumento, quod liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, fratribus ex sola dispositione juris civilis. Mynf. *obs.* 43. *&* 6. *observ.* 44. Gail. 2. *obs.* 122. Covar. *in* 4. *decretal. p.* 2. *cap.* 2. §. 6. *num.* 5. Graff §. *legitima. quæst.* 2. Chifflet. *de port. leg. cap.* 3. Schneid. *hic*, *num.* 10. Sed primum insubtile est, quod quæstionem proponunt de ipsa legitima: siquidem quod legitima propriè & formaliter dicitur, nempè certa illa & definita quantitas, cùm sit ex jure civili, eodem jure quoque tolli potest, id est, sanciri, ut nomine legitimæ non amplius talis portio, sed alia veniat: ideoque potius de jure succedendi in universum quærendum fuerat. Quod etiam ipsos sensisse existimo, sive, quod res ipsa ostendit, cùm legitimam ajunt humanis legibus tolli non posse, id sic capiendum est, quatenus in legitima insunt alimenta necessaria. Nam utique quod supra est, tolli potest, non repugnante natura. Deinde male in proposito parentes liberis exæquant. Tota igitur disputatio & quæstio huc redit, an lege civili effici possit, ut ne liberi parentibus, parentes liberis, fratres fratribus succedant; idque duobus modis intelligi potest: primo, an effici possit, ut non succedant omnino? id est, etsi quis ex his personis intestatus decesserit: secundo, an posito, quod ab intestato succedant, à successione ista excludi possunt per exhæredationem, aut præteritionem? In utroque autem alia liberorum, alia parentum & fratrum ratio est. Et ad primum quod attinet, perspicuè palam est, liberis naturæ lege parentum deberi hæreditatem. *Ratio naturalis*, inquit Paulus Jurisconsultus, *quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando*, *l.* 7. *de bon. damnat.* Cui simile est, quod Plutarchus in libello elegantissimo de prolis amore scriptum reliquit, liberos hæreditatem ut sibi debitam, ὡς ὀφείλημα, expectare. *Sanguini honorem reliquit*, ait Val. Maximus de Q. Hortensio, qui filiam sibi minus probatam hæredem scripserat, *l.* 5. *c.* 9. Papinianus in *l.* 7. *in fin. unde lib.* scribit, liberis parentum hæreditatem deberi *propter naturæ simul & parentum commune votum*; id est, liberos sequi hæreditatem partim ob præcisum debitum naturale, partim ex conjectura naturale, qua parentes creduntur id velle, ut liberis quàm optimè prospectum sit: nimirum creduntur parentes liberis, ut corporis sui partibus, non tantùm de necessariis, sed & de his, quæ ad vitam suavius honestiusque transigendam pertinent, quàm uberrimè voluisse prospectum. Quæ cùm ita sint, lex civilis efficere non potest, ut liberi in totum & simpliciter à successione parentum excludantur. Cæterum non est iniquum, ut hic tribuatur aliquid rationi civili & studio familiarum conservandarum, ac propterea alii aliis potiore conditione in successione censeantur, & masculi fœminis, agnati liberis emancipatis, & liberis in successione matris anteponantur, dum ne liberi fraudentur necessariis alimentis, quæ præcisè natura debentur. Parentes verò, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorum commune votum, sed sola ratio miserationis admittit, *d. l.* 7. *in fin. unde lib. l.* 15. *in pr. de inoff. test.* facilius excludi possunt. Nam & ante Senatusconsultum Tertullianum mater non admittebatur, & post id Senatusconsultum eam excludebant fratres consanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non consanguinei tantùm, verùm etiam uterni, *l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l.* 2. *C. ad Senatusc. Tertull.* Et apud nos in parte Hollandiæ australi, altero parente mortuo, parens superstes excluditur a successione liberorum à cognatis per defunctum parentem, juxta illud, quod vulgo dici solet, *Pa-*

ter-

terna paternis, *materna maternis*. Similiter & fratres removeri à succesſione poſſunt, admiſſis aliis, ſicut pater olim non tantùm ut manumiſſor, ſed etiam ut pater, in ſucceſsione filii emancipati fratribus prælatus fuit, qua de re uberius agemus *inf. lib.* 3. *titul.* 1. & 3. *ſeqq.* De altero ſic cenſeo, poſſe tale jus conſtitui, ut parentes & fratres, quamvis ad ſucceſsionem ab inteſtato vocentur, impune præteriri aut ſummoveri poſsint, neque neceſſe eſſe, his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, niſi lex aliqua humana id jubeat: quippe cùm hæc non ſic parentibus,& fratribus uti liberis,debeatur; ſed tantùm ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum eſt, quod poſt DD. vulg. Mynſ. 6. *obſerv.* 44. aſſerit, parentum legitimam ita cauſam habere radicatam in jure naturali, ut lege humana tolli nequeat. Liberorum verò legitima civili lege in totum tolli nequit, hoc eſt, jus civile efficere non poteſt, ut liceat parentibus liberos ſuos ſine juſta cauſa à tota ſua ſucceſſione repellere, ad quam lex naturalis quaſi debitam, & quidem præcisè ratione alimentorum, eos vocat, *arg. d. l.* 7. *de bon. damn.* junct. *l.* 6. *de injuſt.* & *jur.* add. Oſvvald. Hillig. *in lib.* 19. *comm.* Don. *cap.* 4. & *ibi alleg.* Paul. Buſ. *ad l.* 8. §. *ſi quis mortis. num.* 11. & *ſeqq. hoc tit.* Grot. 2. *de jur. bell.* & *cap.* 7. *num.* 4. & *ſeqq.*

Repleatur) Qua verò actione repletio ejus quod deeſt petetur, utrum actione ex teſtamento, an qua alia, puta petitione hæreditatis aut judicio familiæ erciſcundæ, aut potius
4 condictione ex lege Juſtiniani? Et ſiquidem filium ponimus exhæredatum, adſcripto legato, certum eſt actionem familiæ erciſcundæ aut petitionem hæreditatis hic competere non poſſe. Probabiliter autem defendi poteſt, agi poſſe ex teſtamento, & quod deeſt tamquam legatum peti, maximè ſi teſtator id ſuppleri juſſerit: quamquam, etſi nihil dixerit, idem probari poteſt; quaſi id potius voluerit, quàm teſtamentum reſcindi. At ſi inſtitutus ſit filius, quod ad excludendam querelam hodie neceſſarium eſſe docebimus, §. *ultim. inf. eod.* hic ſi ex parte aliqua hæreditatis inſtitutus ſit, poterit & petitione hæreditatis & judicio familiæ erciſcundæ nomine ſupplementi experiri, quia ſcilicet pro parte hæres eſt: ſin inſtitutus ſit in re certa, quod eodem loco oſtendemus nunc ſufficere ad excludendam querelam, hic non videtur locus eſſe judicio petitionis hæreditatis aut familiæ erciſcundæ, ſed tantùm actioni ex teſtamento: quoniam qui certæ rei hæres ſcriptus eſt, dato cohærede, legatarii loco habetur, *l.* 13. *Cod. de hær. inſt.* Cæterum dubitationis omnis tollendæ cauſa, tutius fortaſsis erit admittere condictionem ex lege. Quod etiam crebrius placuit. Vulgo condictionem hanc actionem ad ſupplementum vocant, notantque triplicem inter eam & querelam de inofficioſo differentiam. Prima eſt, quod querela taciturnitate quinquennii ab adita hæreditate computandi extinguitur, *l.* 8. §. *ult.* & *l. ſeq. hoc tit. l.* 16. *l. ſi quis.* 34. *l. pen.* §. 2. *C. eod.* Hæc actio ſive condictio ex lege, ut favorabilis, perpetua eſt, id eſt, durat annos triginta; qui terminus eſt actionum omnium in perſonam, *l.* 3. *C. de præſc.* 30. *ann. dec.* 3. *Cur. Holland.* Altera quod querela (quippe quæ inſtar eſt actionis injuriarium, *l.* 8. *in princ. hoc tit.*) excepto caſu *d. l. ſi quis.* 34. *C. eod.* in hæredem non tranſmittitur niſi præparata; actio hæc etiam non præparata tranſeat. Tertia, quod qui agnoſcit, quod ſibi teſtamentum relictum eſt, querelæ renuntiaſſe intelligitur, *l.* 10. §. 12. *l.* 1. *in princ. eod.* non autem huic actioni ad ſupplementum, *l. ſi quando.* 35. §. 2. *C. eod.* Primam differentiam non admiſit Bartolus, ſed reliqui omnes admiſerunt, teſtibus Vigl. Mynſ. & Weſemb. *hic*, Gail. *lib.* 2. *obſ.* 120.

Textus.

Si tutor, cui nihil à patre relictum, pupilli nomine legatum acceperit.

4. *Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex teſtamento patris ſui legatum acceperit, cùm nihil erat ipſi tutori relictum à patre ſuo; nihilominus poterit nomine ſuo de inofficioſo patris teſtamento agere.*

Notæ.

4. *Si tutor*, &c. *legatum acceperit*) Repellitur ab inofficioſi querela, qui exhæredatus legatum ex teſtamento percepit, aut petenti advocationem præbuit. Agnoviſſe enim judicium defuncti videtur, *l.* 8. §. 10. *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *l. ult. eod. l.* 8. §. 1. *C. eod.* Tutorem autem neceſsitas officii excuſare debet, qui id totum alii adminiſtravit, *d. l.* 10. §. 1. *l.* 22. *de his quæ ut indign.*

Textus.

Si de inofficioſo nomine pupilli agens ſuccubuerit.

5. *Sed ſi è contrario, pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioſo egerit, & ſupe-*

peratus est; ipse tutor, quod sibi in testamento eodem legatum relictum est, non amittit.

NOTÆ.

5. *Sed si è contrario*) Qui voluntatem defuncti sive suo sive alieno nomine dicit inofficiosam, legatum sibi relictum perdit: impugnavit enim judicium defuncti, *l. 8. §. 14. h. t.* Sed necessitas officii & fides tutoris hic etiam excusat *l. 30. §. 1. eod.* Qui negat testamentum patris jure factum esse, non intelligitur judicium impugnare, & ideo retinet defuncti voluntatem, *l. 24. de his quæ ut ind.*

COMMENTARIUS.

1 *Effecta agnationis & oppugnationis judicii defuncti.*
2 *Hæc effecta ad eos non pertinent, qui ex necessitate officii alieno nomine agnoscunt aut impugnant.*
3 *Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentia.*

QUi judicium defuncti agnoscit, puta, quod sibi datum est, percipiendo, hoc ipso testamentum comprobare intelligitur, & querelæ renuntiare, *l. 8. §. si conditioni 10. l. 10. §. 1. l. 12. l. si ponat 23. §. 1. l. pen. §. 3. & 4. l. ult. hoc tit. l. 8. §. 1. C. eod. l. 5. in princ.*
1 *de his quæ ut indign.* Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat ut inofficiosam, is legatum sibi relictum perdit, & id fisco vindicatur, quasi indigno ablatum, *d. l. 8. §. meminisse 14.* Nec interest, utrum quis nomine proprio judicium agnoverit, inofficiosumve dixerit, an alieno, dummodo id fecerit sponte, nec ulla necessitate officii cogente, veluti si advocationem præbuerit, *d. l. ult. in princ.* Cui non obstat, quod filius patroni, qui advocationem accusatori liberti præstitit, non repellitur à bonorum possessione liberti; *l. qui cum 14. §. si patroni 9. de bon. libert.* Nam jus bonorum possessionis liberti, quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronus aut liberi ejus amittunt, quam si ipsi libertum accusaverint. Quod intelligitur ex ratione, qua Jurisconsultus dicto loco utitur; *neque enim*, inquit, *advocatus accusat.* Legatum verò amittit advocatus exhæredati, non quia accusare testamentum intelligitur, sed quia accusationem opera juvando intelligitur improbare judicium defuncti; quod satis esse visum est ad amissionem legati advocato relicti ab eo quem furoris arguit. Cur verò non similiter placeat, eum, qui legatum accepit, non admitti ad arguendum testamentum falsum, aut non jure factum, & qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellatur ab eo quod meruit? *l. 5. in pr. & §. 1. de his quæ ut indign.* Hanc rationem reddit Papin. *l. si testamentum 24. eod. tit.* quoniam qui testamentum jure factum negat, de jure disputat, non impugnat aut accusat judicium. VINN. Sed hæc rectè intelligenda. *Qui testamentum jure factum negat, de jure disputat,* an scilicet ea sint observata solemnia, quæ jus exigit? *non autem impugnat judicium*, eo colore, quod testator fuerit emotæ mentis, adeoque nec ulla injuria adficit defunctum, quemadmodum ille, qui inofficiosi instituit querelam. HEIN. Quod si quis ex necessitate officii, ea quæ diximus, fecerit nomine alieno, excusatus est. Exemplum hoc §. proponitur in tutore: sed ad omnes hoc pertinet, qui ex officio alios defendere, aut agentes consilio & opera sua juvare tenentur; ac proinde etiam ad advocatum, qui clientis causam agere publicè impositum, *arg. d. l. 5. §. advocatum 23. de his quæ ut indign.* Sive igitur tutor, cùm ipse exhæredatus esset à patre, legatum petierit aut perceperit ex testamento nomine pupilli, cujus tutelam gerit, sive è contrario pupilli exhæredati nomine de inofficioso egerit, & victus sit, neque hoc casu, quod ad se attinet testamentum improbasse, neque illo probasse intelligitur, sed hæc fecisse ex necessitate officii & fide, quæ excusata esse debet: ac proinde illo casu non prohiberi suo nomine de inofficioso agere hoc casu legatum sibi relictum petere, *l. adversus 30. §. 1. h. t. l. tutorem 22. de his quæ ut indign.* Similis priori casus est in *l. quædam 36. C. de adm. tut.* Porro autem quod ante diximus, agnitionis judicii defuncti hanc vim esse, ut querela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui, Sed tenor juris antiqui novis subinde constitutionibus mutatus est. Quod miror neminem interpretum hoc loco annotasse. Olim quacum- 3
que in re judicio defuncti agnito & querela amittebatur, & jus petendi reliqui, non solùm in hæredis institutione, sed etiam in legato, sive id tamquam sibi legatum exhæredatus peteret, sive relictum alii, illius nomine, peteret defenderetve, sibi relictum à legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis causa: nec referebat, per se caperet, an per alium, per textus *supra allegat.* Constitutionibus Justiniani nihil quidem mutatum in institutione hæredis, sed si is, qui queri potest, hæredem scriptum pro hærede agnoverit,

rit, puta res hæreditarias ab hærede emendo, conducendove, aut solvendo quod defunctо debuit: cujus generis item est, si quid conditionis implendæ causa ab hærede acceperit; (quibus omnibus factis hæres scriptus pro hærede agnoscitur, *l.* 8. §. *si conditioni* 10. *l. si ponas* 23. §. 1. *hoc tit.*) querelam & jus petendi, quod sibi relictum, aut quod reliquum est, perinde amittit, ut jure antiquo. In legato verò prioribus Justiniani constitutionibus jus vetus hactenus immutatum, ut quicumque alias queri potuissent, hoc ipso excludantur, quod legatum illis relictum sit, quamvis illud non agnoverint: cæterum accepto eo, quod relictum est, ad supplementum ejus, quod legitimæ deest, agere possunt, *l. omnimodo* 30. *cum seqq. C. eod.* Itaque jam non agnitio legati, sed ipsum legatum querelam excludebat. Novissimo autem jure ad excludendos à querela liberos & parentes iterum agnitio legati desiderari cœpit, si nihil iis titulo institutionis relictum esset, salva tamen, si quid debitæ portioni deesset, actione ad supplementum, *Nov.* 115. *cap.* 5. D. Tulden. *hic, cap.* 5. & 6. Ut igitur semel complectar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex discrimen observetur. Primum hoc est. Olim si minus legitima relictum esset, licebat repudiato legato agere de inofficioso: hodie non licet, sed legato admisso, agitur ad suppletionem. Secundum est. Olim agnitio legati etiam rei minimæ excludebat non tantùm querelam, sed omnem etiam petitionem reliqui: hodie ita querelam excludit, ut salva maneat ejus, quod legitimæ deest, petitio; nisi agnoscens profiteatur, se relicto contentum, de reliquo quæstionem remittere, *l. si quando* 25. §. *pen.* & *ult. C. eod.* Postremum est. Olim qui rogatus erat legatum alteri restituere, non prohibebatur eo agnito & restituto de inofficioso queri: hodie quiescente querela, id onus subducitur, proinde quasi ad modum legitimæ nec restituere jussus sit, *l.* 10. *in fin. hoc tit.* junct. *l. quoniam* 32. *C. eod.* Quod si quis in eo, quod alteri relictum erat, voluntatem defuncti approbasset, puta advocationem præstando aut alis modis, placebat olim cessare querelam, quasi judicio defuncti etiam in institutione comprobato: quippe qua sublata, ut tunc jus erat, cætera quoque corruebant, *l. pen.* §. 3. *l. ult. in pr.* & §. 1. *hoc tit.* junct. *l.* 9. *de test. tut. l. eam quam* 14. *C. de fideicomm.* Verùm commutata est ratio juris, posteaquam placuit, rescisso quoad institutionem testamento, legata posse consistere. *auth. ex caus. C. de lib. præt.* Hoc enim jure posito, dicendum omnino videtur, sola legati, quod alii relictum est, agnitione non comprobari institutionem hæredis, *arg. l.* 10. *C. de prob.* ac proinde non prohiberi eum, qui in alieno legato judicium agnovit de inofficioso suo nomine queri, ut bene disputat Don. 19. *comm.* 6.

Textus.

De quarta legitimæ partis.

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit, sive jure hæreditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem nostra facit constitutio, vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

Notæ.

6. *Quartam quis debet habere*) Id est, portionem legitimam, quæ olim erat quarta debitæ ab intestato portionis, *l.* 8. §. 8. *eod.* Justinianus quantitatem auxit, substituto pro quarta triente; in liberis pluribus, quàm quatuor, semisse, *Nov.* 18. qua constitutione & parentum quoque legitimam ad trientem auctam censet Magister apud Harmen. *lib.* 5. *tit.* 9. §. 14. Theodorus Diaconus auctam καὶ ἐπὶ ἀδελφῶν, *argum. cap.* 2. *d. Nov.* 18.

Sive jure legati, &c.) Novissimo autem jure, ut testamentum ab omni impugnatione tutum sit necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis, *Novell.* 115. *c.* 3. 4. 5. Unde vulgo ajunt, legitimam titulo institutionis esse relinquendam, in qua sententia & Græci ad *l.* 8. *h. t.* Sufficit autem vel in particula aliqua assis vel etiam in re certa institutos esse, & si quid ad portionem legitimam deerit, id querela cessante condicetur actione suppletoria, *d.* §. 5.

Iis tantummodo casibus) Cujac. huc trahit duos casus, *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* sed ex vitiosa, ut Bachovio videtur, collectione. Constitutio est *l.* 30. *C. hoc tit.*

In nostris constitutionibus) Non extant. Et forte *nostris* irreptitium est, fac. *l.* 17. *C. de collat.* junct. *l.* 9. *C. hoc tit.* quarum altera Leonis, altera Zenonis est.

Pro virili portione quarta) Hodie tertia, aut dimidia pro numero liberorum, *Nov.* 18. Igitur

tur ſi verbi cauſa duo ſint liberi, ſingulorum portio legitima erunt duæ unciæ: ſi ſex, uncia.

COMMENTARIUS.

1 *Refellitur inſignis quorumdam error.*
2 *Jure Digeſt. & C. querelæ locum non patuiſſe, legitima quocumque titulo relicta.*
3 *Jus novum à veteri diſcrepare in caſu, quo quid inter vivos donatum eſt ea contemplatione, ut in quartam habeatur.*
4 *Jure noviſſimo legitimam titulo inſtitutionis relinquendam: & quomodo hoc accipiendum?*
5 *Quid interſit, titulo inſtitutionis legitima relinquatur, an quo alio?*

INtolerabilis eorum error eſt, qui ex hoc §. colligunt, filium etiam non legitimè exhæredatum, modo ei quocumque titulo legitima relicta eſſet, jure antiquo queri debuiſſe de inofficioſo, nec alio jure ad bona patris venire potuiſſe. Quid enim certius, quàm 1 præterito filio, qui erat in poteſtate, teſtamentum ipſo jure nullum fuiſſe; emancipato præterito datam bonorum poſſeſsionem contra tabulas? Nec eo minus pro præterito habebatur, teſtamentumve nullum erat, aut per bonorum poſſeſsionem everti poterat, quod quartæ debitæ portionis, aut etiam multo amplius, præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus eſſet, necne, non ex legati datione, sed ex inſtitutione aut exhæredatione æſtimabatur, omneſque præteriti cenſebantur, qui neque hæredes inſtituti erant, neque ut oportet, exhæredati, §. *eadem* 12. *inf. de her. qua int.* Itaque quod Ulp. ait, in *l.* 8. §. *ſi quis* 6. *hoc tit.* ſecurè eum teſtari, qui mortis cauſa filio quartam donavit, non ſic accipiendum eſt, poſſe patrem iſto caſu ſecurè filium prætærire, ſed poſſe ſecurè exhæredare, hoc effectu, ut & teſtamentum jure conſiſtat, nec per querelam reſcindatur. Atque ex hoc jure nihil mutavit Juſtinianus: tota enim hæc diſputatio, ut apparet, pertinet ad liberos, quibus jure civili & prætorio à patris hæreditate excluſis unicum remedium ſupereſt, querela inofficioſi; ac proinde non ad alios, reſpectu patris, quàm qui legitimè exhæredati ſunt: matris enim & per matrem adſcendentium præteritio pro exhæredatione reputatur, ut ſæpe dictum eſt.

Sive jure hæreditario, ſive jure legati, &c.) In explicatione hujus tituli excuſata eſſe debet ejuſdem rei inculcatio. Jure veteri, libe- 2 ris exhæredatis aut præteritis, non tam ideo querela dabatur, quia exhæredati aut præteriti erant, quàm quod per præteritionem aut exhæredationem privati quarta ſeu legitima portione. Ea autem relicta, ut nulla amplius cenſebatur iniquitas, ita ceſſabat querela, manebat efficax exhæredatio & firmum teſtamentum. Cui erat conſequens, ut querela excluderetur, non tantùm ſi quarta relicta foret titulo hæreditario, ſed etiam ſi titulo legati aut fideicommiſsi. Et quia mortis cauſa donationes legatorum inſtar obtinent, *l. & ſi* 17. *in fin. de mort. cauſ. don. ſupr. de donat.* §. 1. placebat etiam, ſi quis ei, qui queri poterat, quartam mortis cauſa dediſſet, eum ſecurè teſtari, *d. l.* 8. §. *ſi quis* 6. quod jus in codice ſuo, item *Nov.* 18. *c.* 1. unde *auth. noviſſima, C. hoc tit.* Juſtinianus integrum reliquit: noviſsimè verò ab eo receſsit *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. Cæterum de eo plura inferius.

Vel inter vivos iis tantummodo caſibus, &c.) Si quid inter vivos ſimpliciter donatum fuerat, etiamſi quartam adæquaret, per hoc non excludebatur querela: contra verò ſi hac contemplatione datum erat, ut in quartam haberetur, *l. ſi non mortis* 25. *hoc tit.* Hoc abroga- 3 vit Juſtinian. ea conſtitutione, cujus hìc meminit, nimirum *l. ſi quando* 35. §. 1. *C. eod.* Sanxit enim, ut ſi quid liberis à patre inter vivos donatum ſit, etſi ea lege ut hoc in quartam reputent, atque adeo ut renuntient querelæ, & renuntiaverint, niſi tamen patris judicium poſt mortem ejus agnoverint, aut cum ſcriptis hæredibus tranſegerint, manere nihilominus jus integrum teſtamentum patris arguendi, nec pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex ſententia Papiniani meritis magis ad obſequia paterna provocandi, quàm pactionibus adſtringendi ſunt. D. Cujacius putat intelligi, *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* ubi Juſtinianus ſancit, ut duobus caſibus donatio ſimplex in collationem veniat, ſi ea lege à patre facta ſit, ut conferatur; ſi facta ſit in compenſationem dotis aut donationis propter nuptias, quam unus è liberis accepit: ex quo colligit Cujacius, donationem inter vivos duobus iſtis caſibus in quartam imputari. Sed vitioſa omnino eſt hæc collectio, atque è diametro pugnat cum *d. l. ſi quando* 35. §. 1. *C. hoc tit.* Ac tametſi verum eſt, omnia, quæ in quartam imputantur, in collationem venire: non idcirco tamen è converſo quæcumque veniunt in collationem, computantur in quartam: quod perſpicuè oſtendit *d. l. pen. in pr. C. de coll.* ut adeo ead. l. quam Cujacius adducit, refellatur ipſius collectio. Et nimirum collatio facilius admiſſa eſt, ut æqualitas inter liberos in ſucceſsione ab inteſtato ſervaretur,

quàm

quàm filii exhæredati exclusio à querela: quem ob casum Justinianus expresse noluit per donationem inter vivos, licet ea conditione factam ut in quartam computaretur, filium à querela excludi, nisi judicium patris post obitum ejus agnovisset, *d. l. si quando* 35. §. 1. & 2. *C. hoc tit.*

Vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus) Hæ constitutiones fortasse priori Codici insertæ fuerunt: in posteriore enim, quem solum habemus, nulla Justiniani reperitur constitutio, quæ huc pertineat: nisi dicimus, verbum *nostris* irreptitium esse & delendum. Sané Cujac. & Hotom. id non agnoscunt, & à plurimis libris abesse testatur Pacius. Fac igitur hic ita scriptum esse, *aliis modis qui constitutionibus continentur.* Quinam ergo isti modi sunt præter legatum, fideicommissum, & donationem mortis causa, quibus liberi quarta à parentibus accepta constitutionibus à querela repelluntur? Dos & donatio propter nuptias, quam utramque cum Leo conferri à liberis jussisset, *l. ut liberis* 17. *C. de collat.* utramque etiam in quartam imputari præcepit Zeno, *l. quoniam* 29. *C. hoc tit.* Novissi-
4 mo jure, ut supra memini, tota hæc ratio mutata est. Nam ex *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. non sufficit ad excludendos à querela liberos & parentes legitimam eis quovis titulo relictam esse; sed ut testamentum ab omni oppugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis, ut jam non tam quæratur, an legitimam habeant, quàm an instituti sint, aut justè à successione summoti. Patet hoc primum ex *d. Nov. c.* 3. ubi Justinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exhæredes facere, nec si quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex *cap.* 5. *ejusdem Novell.* ubi testatur, hanc suæ serenitatis intentionem esse, ut à liberis & parentibus injuriam exhæredationis & præteritionis auferat. Atqui non aufertur ista injuria, sed manet adhuc, si adhuc liceat immerentes liberos & parentes exhæredare aut præterire, etiam si eis legitima titulo aliquo particulari relinquatur. Tunc solum nulla injuria manet, si aut instituantur aut meritis de causis exhæredentur: unde DD. vulgo ajunt, legitimam hodie titulo institutionis esse relinquendam, Clar. §. *testamentum*, *q.* 18. Graff. §. *legitima*, *q.* 32. At enim verò necesse non est, ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis hæredes nuncupatos esse, aut institutos simpliciter, jussosque certis rebus esse contentos: quibus casibus, etsi minus relictum portione legitima, cessat tamen querela, & competit actio ad supplementum: quod si quid aliud insuper relictum, id in legitimam imputatur secundum priores Justiniani constitutiones: *d. cap.* 5. *l. omnimodo* 30. *cum seqq. C. hoc tit.* cùm contra jure veteri etiam institutus queri non prohiberetur, si ex institutioue totam legitimam non obtineret, ut sup. notatum ad §. 3. At, inquies, hoc posito aberravit Justinianus à scopo suo. Nam ex vera ratione juris atque ipsius etiam constitutione Justiniani, qui certæ rei hæres institutus est, dat aliis cohæredibus, aut qui simpliciter institutus jussus est, certis rebus deductis, hæreditatem restituere, non hæredis, sed legatarii loco habetur, nullasque actiones hæreditarias aut exercet, aut excipit, *l.* 13. *C. de hær. inst.* §. *si quis* 9. *inf. de fideic. hær.* Jam verò si nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hæres instituatur addito vero hærede, nec magis hoc, quàm illo modo fiat, ut hæres sit, falsus Justinianus fuit existimans, injuriam præteritionis aut exhæredationis tolli, si modo hæres quis nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter & certis rebus deductis, rogetur hæreditatem restituere. Nam si hæres non fit, si nihil amplius ea res efficit, quàm si legatum accepisset, certè pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur & Glossa *in l. si quis priore* 29. *ad Trebell.* Ex quo etiam sequitur, inane esse, sine 5
re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo institutionis. Et fatendum est, hoc poscere rationem juris, atque oportuisse, si reveta splendidiore ac lautiore titulo officiosos liberos ac parentes decorari volumus, constitui, ut saltem in parte aliqua assis hæreditarii licet minima, vel utique in ipsa legitima, quam pro triente, semisse, aut quadrante nihil accipi vetat, hæredes instituantur. Sed tamen Justinianus hoc non exigit, cui visum est, satis tolli injuriam præteritionis per solam hæredis nuncupationem, eumque, qui vel in re certa institutus esset, justam causam non habere conquerendi se esse præteritum: quod ne videatur sine ullo juris effectu constitutum, defendi potest cum Sichard. post Bart. Jas. & DD. *in l.* 13. *C. de hær. inst.* eum, qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis & naturæ esse, mediæque inter hæredem & legatarium: unde & hæredis nomen retineat, & rem, in qua institutus est, propria auctoritate apprehendere possit; quodque præcipuum est, jus etiam accrescendi habeat, hoc est, deficiente cohærede simpliciter insti-

tuto: ipse universam hæreditatem solus consequatur, perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset: licet aliud videatur Ant. Fab. *dec.* 15. *err.* 5. D. Corn. Suvanemb. *tract. de jur. accr. c.* 8. Bartolus *d. loc.* ait, in re certa institutum, rei istius respectu, pro legatario censeri, respectu personæ ipsius, pro hærede; quod satis Justiniano visum ad eum excludendum à querela. Vid. Sichard. *d. loc. n.* 3. Gudel. *lib.* 2. *de jur.noviss. c.* 7. *d. dec.* 7. *cur Holland.* Graff. §. *hæreditas, q.* 8. *n.* 3. Decker. *lib.* 1. *diss.* 8. *n.* 21. Christ. *vol.* 4. *dec.* 11. *n.* 5. *& vol.* 2. *dec.* 170. Bachov. *vol.* 2. *disp.* 12. *thes.* 1.

Ut ea pro rata distribuatur) Itaque si unus sit filius, is habere debet quartam partem totius substantiæ, id est, tres uncias: si duo, singuli sescunciam, & sic porro, ut virilis singulorum portio sit quarta ejus partis, quam ab intestato habituri essent, *l.* 8. §. *si quis* 6. *&* §. *quoniam* 8. *hoc tit.* Jure autem novissimo ex *Nov.* 18. *cap.* 1. si unus sit filius, is tertiam totorum bonorum partem habere debet, id est, uncias quatuor: si duo, singuli uncias duas: & sic ita deinceps ut virilis singulorum portio sit triens illius partis, quam ab intestato laturi fuerant. Si verò plures sint liberi, quàm quatuor, semis omnibus relinquendus, id est, dimidia ejus partis, quæ jure legitimæ successionis debetur. Quare si verbi causa sex erunt liberi, legitima singulorum erit uncia.

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE HÆREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

Dig. Lib. 29. *Tit.* 11. *C. Lib.* 6. *Tit.* 31.

Continuatio, & argumentum tituli.

SI testamentum ab initio rectè factum fuerit, neque postea infirmatum, secundum ea, quæ superioribus titulis exposita sunt, incipit post mortem testatoris deferri testamento hæreditas, ut jam ad acquisitionem ejus nihil supersit præter susceptionem; quæ ex duabus partibus, quibus acquisitionem hæreditatis constare diximus, sub §. *ultim. sup. per quas pers. cui acq.* altera est. Quamvis autem eadem sit ratio acquirendæ hæreditatis ab intestato delatæ, atque ex testamento: tamen cùm disseruisset Imperator de deferenda hæreditate ex testamento, partem alteram, quæ est de delata acquirenda, divellere noluit, licetque hinc petere, quod illo pertinet. Sunt autem duo hujus tituli capita, quorum alterum inscriptio indicat; alterum est de acquirenda vel omittenda hæreditate. Posterioris cognitio à priori dependet. Nam cùm varia sit hæreditatis acquisitio, eam varietatem efficit diversa qualitas & conditio hæredum. Quamobrem rectè primum indicantur genera & differentia hæredum, deinde demum disputatur de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Divisio hæredum.

Hæredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei.

COMMENTARIUS.

1 *In his regionibus hæredes omnes esse voluntarios.*

TRimembris hæc hæredum divisio ex duabus bimembribus conflata est, more nostris usitato. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios esse necessarios, alios voluntarios; & illorum alios necessarios simpliciter, alios necessarios & suos. Rectius verò necessariis hæredibus opponimus voluntarios, quàm extraneos, *arg. l.* 12. *de cond. inst. l.* 15. *& seq. de acq.hær. l.* 3. §. 3. *de hær inst.* quippe extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in eis necessitate, *l. si alienum.* 46. §. 1. *de hær. inst. l.* 6. *in pr. de injust. rupt. l.* 6. *de vent. in poss. mitt.* §. *cum autem* 7. *inf. de hær. quæ ab int.* §. *posthum.* 26. *tit. seq.* 1 Est autem hæc distributio ex jure civili: nam prætor suos hæredes ex necessariis vi ipsa fecit voluntarios, dato beneficio abstinendi, §. 2. *inf. in fin.* In hisce regionibus præter voluntarios hæredes alios nullos agnoscimus: non necessarios, quia neque servos habemus, nec habemus filios cum servili illi qualitate: quippe quæ effectus est veteris illius juris patrii dominico similis, apud nos, ut sæpe dictum est, incogniti. Non suos: quia sine fictione dominii rerum paternarum, ejusque post mortem patris continuatione in persona filii, suitas intelli-

telligi non poteſt; cujuſmodi Romani juris ſubtilitates noſtræ gentis ſimplicitas reſpuit.

Textus.

De hæredibus neceſſariis.

1 *Neceſſarius hæres eſt ſervus hæres inſtitutus: ideoque ſic appellatur, quia ſive velit, ſive nolit, omnino poſt mortem teſtatoris protinus liber & neceſſarius hæres fit. Unde qui facultates ſuas ſuſpectas habent, ſolent ſervum ſuum primo aut ſecundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem inſtituere: ut ſi creditoribus ſatis non fiat, potius ejus hæredis bona, quàm ipſius teſtatoris, à creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præſtatur, ut ea, quæ poſt mortem patroni ſui ſibi acquiſierit, ipſi reſerventur. Et quamvis bona defuncti non ſufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea cauſa res ejus, quas ſibi acquiſierit, non veniunt.*

Notæ.

Pro hoc tamen incommodo) Pro aſperſione hujus notæ, quod bona ipſius nomine à creditoribus poſſideant, vel diſtrahantur.

Illud ei commodum præſtatur) Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως, merces hujus injuriæ. Theoph.

Ex ea cauſa res ejus) Cujac. Fabrot. *ex alia cauſa quas ſibi res acquiſierit*, & ita quoque Theophil, Vinn. Sed nihil tamen mutandum, Oſtendit enim Juſtinianus ſervum factum hæredem neceſſarium, melioris eſſe conditionis quàm eum, qui bonis ceſſit; *non poſſe* enim *ex ea cauſa res ejus, quas ſibi* poſtea aliunde *adquiſivit*, *venire*, quod fieri poteſt, ſi quis bonis ceſſit, ad meliorem fortunam pervenerit, ſalvo licet beneficio competentiæ. *l. 4. l. 6. l. 7. ff. de ceſſ. bon.* Hein.

Commentarius.

N*eceſſarius hæres eſt ſervus*, &c.) Neceſſitatis hujus cauſa eſt dominica poteſtas. Cur enim non liceret hæredem neceſſarium facere, quem licebat occidere? *arg. l. in ſuis. 11. de lib. & poſth.* Non ait, inſtitutus cum libertate; quod olim ex plurium ſententia neceſſarium erat, ut valeret inſtitutio: ſed ſimpliciter, inſtitutus: quia etiam omiſſa datione libertatis à domino inſtitutum, liberum & hæredem neceſſarium eſſe voluit, *l. pen. C. de nec. ſerv. hær. inſt. §. 2. ſup. qui & ex quib. ca. man. & ſup. de hær. inſt. in pr.* Abſolutè igitur neceſſarius hæres eſt ſervus à domino hæres inſtitutus, ſed ſcilicet, ſi in eadem cauſa manſerit. Nam ſi vivo teſtatore manumiſſus fuerit, ſua voluntate hæres fit, ſi alienatus, novum dominum adeundo hæredem facit, *§. 1. ſup. de hær. inſt.*

Sive velit, ſive nolit, omnino poſt mortem teſtatoris protinus) Hæc verba textus evidentiſſimè oſtendunt, non ideo ſervum hæredem dici neceſſarium, quod nolenti imponitur neceſſitas adeundi: ſed quia protinus, id eſt, ſtatim à morte teſtatoris, hæres fit, ſolaque juris poteſtate citra ullam aditionem creditoribus hæreditariis obligatur, perinde ac ſui hæredes & neceſſarii. Unde & ſi furioſus ſit, neceſſarius domino hæres exiſtit, *l. furioſus. 63. de acq. hær.* Et vel hoc ſolum, quod abſtinendi facultas ei denegatur, *l. neceſſariis. 57. in fin. d. tit.* certum argumentum eſt, ipſo jure eum hæredem fieri. Cui jam conſequens, ſtatim quoque eum & ſimul liberum fieri: quod ſignificat Juriſconſultus *in l. 6. §. ult. de hær. inſt.* cùm ait, ſervum hæredem inſtitutum à ſemetipſo libertatem accipere; idemque traditur *in l. ex parte. 58. de acq. hær.* Perſpicuus ergo Giphanii error eſt, qui ſcribit, ante aditionem neque liberum fieri, neque hæredem. Et verò hoc ita conſtitui neceſſe fuit, ut invitus obligaretur creditoribus hæreditariis: ſiquidem ut quis præciſè adeat hæreditatem, cogi non poteſt, ne ſervus quidem à domino, *l. 3. C. de hær. inſt.* Obſervandum autem eſt, eum demum ſervum neceſſarium hæredem fieri, cui non aliunde debetur libertas. Nam ſi quis eum, quem ex fideicommiſſo manumittere debebat, teſtamento ſuo liberum & hæredem eſſe juſſerit, placet, hunc neceſſarium hæredem non eſſe: quia libertatem non tam beneficio teſtatoris, quàm alieno & debitam ſibi accepit, *l. ſi ſervo. 84. de hær. inſt.*

Unde qui facultates ſuas ſuſpectas) Indicat præcipuam utilitatem, eamque ſecutam conſuetudinem inſtituendorum ſervorum. Utilitas in eo conſiſtit, ut bona dominorum, qui ſolvendo non ſunt, poſt eorum mortem, non ipſorum, ſed ſervi hæredis neceſſarii nomine à creditoribus poſſideantur vel diſtrahantur. Hinc orta conſuetudo, ut qui facultates ſuas ſuſpectas haberent, infamiam auctionis metuentes, eam hoc pacto in ſervos derivarent; quos pro honore delatæ ſibi hæreditatis conjuncto cum beneficio manumiſſionis æquo animo aſperſionem hujus notæ ferre convenit, uti ſupra quoque notatum eſt ſub §. 1. *qui & ex quibus. ca. man.*

Hoc commodum præſtatur) Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως, Theoph. Duriuſculum enim fuiſſe, ut

ut si quid post mortem testatoris non ex causa hæreditaria, sed vel sua industria, vel ex aliorum liberalitate acquisivisset, ejus quoque distrahendi potestas creditoribus fieret. Cæterum prius quàm bonis testatoris se immisceat, eave attingat, petere debet à prætore horum bonorum separationem, quam & hoc casu impetrat, *l. 1. §. ult. de separ. bon.* Quo loco, quod notandum est, separari etiam id dicitur, quod servo à testatore debetur, quasi hoc etiam dici possit à patrono non perfectum: quæ singularis est humanitas.

TEXTUS.

De suis hæredibus.

2. *Sui autem & necessarii hæredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est, ut pater ejus, vivo patre suo, desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patria potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, & vivo quoq. patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii verò ideo dicuntur, quia omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quàm ex testamento, ex lege duodecim tabularum, hæredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere hæreditate, ut potius parentis quàm ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur.*

NOTÆ.

2. *Qui in potestate morientis)* Ἐν τῷ χειρῷ τῆς τελευτῆς. Th. atque hoc in liberis primi gradus perpetuum est: nam filius, qui in potestate est, non potest non esse suus hæres: in cæteris non item, ut mox sequitur.

Non sufficit in potestate, &c.) Ex his, qui in familia defuncti sunt, suus hæres propriè est, quem nemo in suo ordine antecedit, *l. 33. §. de testam. mil. l. 6. de injust. rupt. §. 2. sup. de exh. lib.*

Aut qualibet) Est tamen casus, quo nepos, qui tempus mortis avi suus hæres non erat, propter præcedentem personam patris destituto avi testamento suus hæres avo ab intestato exstit, *v. §. 7. & seq. inf. de hær. quæ ab int.*

Prima causa liberorum) Suorum scilicet hæredum. *§. 2. inf. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberorum omnium, *Nov. 118. c. 1.*

Sive velint, sive nolint) Necessitas hæc à jure patriæ potestatis, *l. 4. de cond. & dem.* quæ & ipsa est ex lege decemvirali. Dion. Halicarn. *l. 2. pag. 96.*

Prætor permittit volentibus abstinere) Quo beneficio utentes hoc consequuntur, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, *l. 57. de acq. hær.* Itaque vi ipsa prætor ex necessariis voluntarios fecit, non tamen extraneos, quia, quod ipsis commodum, sui adhuc manent, *§. 3. inf. de hæred. quæ ab int.*

COMMENTARIUS.

1 *Plenius & planius, quàm vulgo, sui hæredes describuntur.*
2 *Verbum hoc* suus hæres *non esse populare & oratorium, sed forense & disciplina juris proprium: deque eo nonnulla non passim obvia.*
3 *Exponitur latissimè hujus nominis ratio.*
4 *Unde altera horum hæredum qualitas, nempe necessitas: & quid ea operetur?*
5 *Prætorem dato beneficio abstinendi necessitatem sustulisse, sed salvo jure suitatis, & quem effectum ea res habeat?*

VEluti filius, filia, nepos, &c.) Qui sint & dicantur sui hæredes, licet non definitione aliqua, sed exemplis hic declaretur, facile tamen ex his, quæ traduntur, quivis per se brevem & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit. Nam 1 si non alii sui hæredes sunt quàm liberi defuncti, & è liberis soli illi, qui in potestate morientis fuerunt, atque ex his, qui in potestate fuerunt, soli, quos tempore mortis nemo in familia antecedebat, hæc inductio nos quasi manu ducit ad hanc definitionem: Sui hæredes sunt liberi defuncti, qui, quo tempore is moritur, in potestate ejus sunt, primumque ab eo locum in familia obtinent. Non est tamen hæc definitio modis omnibus absoluta. Nihil in ea desideraremus, si idem semper mortis tempus & delatæ hæreditatis esset: ad hæc tempora non semper concurrunt; ex quo aliquando fit, ut qui, moriente eo, de cujus successione quæritur, suus hæres non erat, postea tamen ei suus hæres existat. Planè neque ex testamento quisquam suus hæres existere potest, nisi qui tempore mortis in familia testatoris proximus est neque ab intestato, si aut nullum testamentum factum proponatur, aut quod factum erat, vivo testatore ruptum, aut vitiatum; quippe in his ca-

casibus aliud tempus, quo deferatur hæreditas, nullum est, quàm tempus mortis. At si proponas, patremfam. facto jure testamento, quod eo vivo infirmatum non sit, decessisse, hic evenire potest, ut qui tempore mortis suus hæres non erat, postea suus hæres existat, non utique ex isto testamento, sed eo destituto ab intestato; ut ecce; pater filio exhæredato extraneum hæredem instituit; deliberante hærede scripto filius moritur; mox scriptus omittit hæreditatem: nepos ex illo filio susceptus avo suus hæres erit ab intestato, & hic tamen tempore mortis avi suus esse non potuit propter præcedentem personam patris, *l. 7. unde lib. §. eum autem. 7. & seq. inf. de hær. quæ ab int.* ubi hoc pluribus illustratur. Ut igitur perfecta sit definitio, pro tempore mortis ponatur tempus delatæ hæreditatis, hoc modo suus hæres est, quia in potestate morientis fuit, & tempore delatæ hæreditatis in familia proximus est.

Aut qualibet alia ratione) Puta emancipatione aut deportatione. Nam si quis ex suis hæredibus qualibet ratione suus hæres esse desierit; statim liberi ejus gradum occupant, & succedendo in sui hæredis locum quasi agnascendo fiunt avo aut proavo sui hæredes, *§. 2. supr. de exhær. lib. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. l. Gallus. 29. §. & videtur. 12. cum seq. de lib. & posth.* Enim verò hodie occupatio loci paterni atque in sui hæredis locum successio ex causa emancipationis nihil operatur quod effectum succedendi ab intestato, postquam placuit, etiam filios emancipatos jure civili ad successionem ab intestato admitti, atque in ea successione præferri nepotibus ex se natis, licet retentis in potestate avi, *Nov. 118. c. 1.* Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjug. cum emancip. lib.* inutile esse.

Sed sui quidem hæredes) Nomen suorum hæredum ex jure civili descendit, *l. ult. de bon. damnat.* hoc est, ex lege duodecim tabularum, *l. liberorum. 220. de verb. sign.* Ulp. *tit. 26.* estque verbum forense ac proprium Jurisconsultorum, non populare aut oratorium, de quo Hotom. *9. obs. 10.* Quod ut intelli-
2 gatur, sciendum est relativum *suus* non eodem modo ac sensu in proposito apud nostros usurpari, quo apud grammaticos & in sermone populi. Popularis locutio est, cùm ea dictione ut relativa & reciproca sic utimur, ut referatur & redeat ad eam personam, quæ præcessit; veluti cùm nostri dicunt, *Mulier suos filios in potestate non habet, l. 5. C. de adopt. Pater agnovit suum partum, aut filium suum, l. 1. §. Julian. 22. cum seqq. de agn. & al. lib. Cajus, Sejus testamento uxorem suam hæredem instituit, l. Titia. 34. §. 3. l. ult. de legat. 2.* In his enim locutionibus vox *suus* ad præcedentem personam refertur, scil. ad matrem, ad Cajum Sejum. Atque hic usus hujus vocis, quem pueri docentur in scholis: citato vulgato illo, *Rogat te Cæsar, ut suas partes sequaris.* Ex eadem consuetudine & more vulgari nostri quoque loquuntur, cum utramque vocem, *hæres* & *suus*, conjungunt: sed ita, ut *suus* sequatur veluti in his: *Testator à Titio hærede suo centum legavit. Titia ita fidei commisit hæredis sui. Stipulatus est sibi hæredique suo, ire agere licere, l. 2. §. ult. de verb. obl. Si quis uti frui licere sibi hæredique suo stipulatus sit. l. stipulatio. 38. §. sed si. 12. d. tit.* Quintil. *lib. 5. cap. 16. Quem quis hæredem suum esse voluit, eharum habuit.* At cùm ex usu juris peculiari loquuntur, verbum *suus* refertur ad eum ipsum, qui hæres est, & quod diligenter observandum, tunc perpetuo id verbum præcedit; ut in his, *Mulier suum hæredem paritura est, l. 31. §. 1. de acquir. hæred. Fœmina suum hæredem non habet, l. 4. §. 2. contr. tab. Spes est, suum hæredem defuncto existere l. pen. §. 1. unde legit. Filius patri suus hæres est, l. 45. §. 1. de neg. gest. Mortuo filio nepos ex eo fit avo suus hæres, l. 13. de injust rupt.* cum sexcentis similibus. Et igitur cùm dico, *Mulier suum hæredem non habet*, intelligitur loqui de usu juris peculiari: cùm ajo, *Sempronia hæredem suum rogavit, ut partem hæreditatis restituat Titio*, ex usu communi. Rationem nominis mox audiemus.

Quia domestici hæredes sunt) Theoph. οἰκειακοί, eadem fere significatione, qua domesticum testimonium *§. in testib. 9. sup. de test. ordin.* aut quasi οἴκοθεν καὶ ἀφ' ἑαυτῶν ἔχοντες, τὸ κληρονομεῖν. Οἰκογενεῖς, vernæ hæredes, qui non aliunde acciti, sed dominati sunt. Ita & Plin. *Panegyr. cap. 37. domesticos* hæredes opponit *extraneis*, eosque ait bona non ut aliena & speranda, sed ut sua semperque possessa capere.

Et vivo patre quodammodo domini) Sui hæredes ideo dicuntur, quia non alienam, sed jam quodammodo suam hæreditatem accipiunt, & non magis alteri, quàm sibimet ipsi 3
hæredes sunt: unde Græcis dicuntur αὐτοκληρόνομοι, quod eleganter ad Phœnicem suum Lactantius accommodat hoc versu:

Ipsa sibi proles, suus est pater, & suus hæres.

Atque hoc nomine non magis post mortem patris appellatur, quàm eo adhuc vivo & superstite κατὰ περίληψιν, & quod singulariter notandum, etiam vivo adhuc patre, dicuntur desinere sui hæredes esse, puta si capite minuti fue-

fuerint, *l. 1. §. 4. l. 11. de suis, & legit. l. 13. de injust. l. 29. §. 12. & seq. de lib. & posth.* nimirum ideo, quia vivente adhuc patre, jam quasi quodammodo domini, patrique socii, participes, & eohæredes sunt, testimonio non solùm nostrorum, Pauli *l. 11. de lib. & posth.* Justiniani *hoc text. & §. 3. inf. de hær. quæ ab int.* verùm aliorum etiam scriptorum. Terent. *Heaut. act. 1. sc. 1. Donec salvus redierit meus particeps.* Auson. *Idyll.* 3.

Justa quidem series patri succedere: verum
Esse simul dominos, gratior ordo piis.

Unde passim in comœdiis servi filios dominorum, heros minores, *νεωτέρους δεσπότας*, vocant. Telemachi subulcus dicitur, qui erat Ulyssis. *Odyss. l.* Servus Abrahami Isaacum vocat dominum suum, *Gen. 24. num. 65.* Atque hinc est, quod patre mortuo, non tam novam & alienam hæreditatem percipere existimentur, quàm pleniorem & liberiorem veterum bonorum administrationem, statimque à morte parentis quasi continuatur dominium, *d. l. 11. de lib. & posth.* quo fit, ut ubi suus hæres est, numquam jacere hæreditas dicatur: nimirum quia nullum inter defuncti mortem & existentiam sui hæredis intervallum est, *l. 1. §. qui sunt 7. si quis omiss. ca. test.* Ex eo item est, quod sui hæredes ipso jure hæredes existant, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine aditione, sine cretione, sine gestione pro hærede, *d. §. 3. inf. de hær. quæ ab int. l. in suis 14. de suis & leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l. 3. C. de jur. del.* tametsi ignorent patrem decessisse: ac proinde etiam furiosi sint, aut alias voluntate careant, *d. §. 3. l. furiosi 63. de acq. hær.* Cujus rei hic effectus, ut paternam hæreditatem tamquam jam sibi quæsitam ad quoscumque hæredes transmittant, *d. l. 3. C. de jur. delib.* Hinc denique est, quod cùm extranei dicantur *acquirere, adire, repudiare hæreditatem*, sui dicuntur *hæredes existere*, (quod Græci interpretantur *ἀπαφαίτεσθαι*) *retinere, immiscere, abstinere*: quasi qui rebus jam olim suis, ut domini utantur, easve retineant aut derelinquant. Postremo ex his etiam liquet cur sui hæredes, si non instituantur, exhæredandi sint, atque in his solis exhæredationem propriè dici, *l. quidam 13. v. 1. de verb. obl.* add. Hotom. 9. *obs.* 10. VINN. Similia fere sunt apud Oisel. ad Caj. *Inst. lib. 11. tit. 3. §. 6.* Sed incommodior tamen videtur ratio, filios esse hæredes vivo patre, quum viventis nulla sit hæreditas. Hinc verosimilius videtur, filios dici *suos* hæredes, quasi proprios, & in patris potestate dominioque Quiritario constitutos. Ita Jan. à Costa *ad pr. Inst. hoc tit.* & V. C. Schulting. *ad Caj. l. c. p. 166.* HEIN.

Si quis intestatus) De hac re agimus *infr. §. 2. de hær. quæ ab int.* Disertè autem ait *intestatus*: nam lex duodecim tabularum liberam civibus Romanis testandi facultatem concessit: cujus vi legis patri licuit, filium quem in potestate habebat, exhæredare, aliumque sibi hæredem facere. Sed & hoc ipsum, quod hic refert, ex jure civili est, & illo antiquo: quippe jure honorario postea etiam liberorum emancipatorum ratio haberi cœpta est, perindeque hi liberi ad bonorum possessionem & vi ipsa ad hæreditatem a prætore admissi, ac si capite minuti non fuissent, *l. 6. §. 1. de bon. poss. §. emancipati 9. infr. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberi emancipati non minus, quàm sui, etiam jure civili ab intestato succedunt, *Nov. 118. c. 1.* quamquam in modo acquirendæ hæreditatis diversitas mansit: de quo alibi.

Necessarii ideo dicuntur, quia sive velint, sive nolint) Necessitas hæc à jure patriæ potestatis est, *l. 5. de cond. & dem.* quæ similis dominicæ fuit, ut ostendimus *in §. 2. sup. de pat. pot.* liberosque hac in causa redigebat ad instar servorum: unde & commune iis servis hæredibus à domini institutis nomen necessariorum hæredum, *l. 12. de cond. inst. l. necessarii. 57. de acq. hær. & passim.* Licet autem suitati cohæreat necessitas; est tamen diversa qualitas à suitate. Ex eo quod qui suus est, ipso jure hæres fit, bonaque paterna penes eum remanent, ex eo quod necessarius, ea retinere cogitur, creditoribusque paternis, velit nolit, respondere, *d. l. necessariis.* quamquam hic etiam suum confert suitas. In suitate jus liberorum magis, in necessitate solius patris vertitur; cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario hærede facere voluntarium, *d. l. 22. de cond. inst. l. jam dubitari. 86. de hær. inst.* Neque unquam pater dicitur suum hæredem facere, sed bene necessarium: & cum impuberi filio fratrem necessarium hæredem facit, suum tamen hæredem non facit, ut rectè Govean. *d. l. 2. §. 5. num. 33. & in l. 10. §. 1. num. 2. de vulg. & pupil.* contra Bart.

Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate) Cùm quæsitæ hæreditatis hæc vis sit, ut nos obliget æri alieno, licet solvendo non sit, *l. 8. de acq. hær.* suisque hæredibus ipso jure acquiratur hæreditas, consequens quidem est, ut creditoribus hæreditariis respondere teneantur, quamvis bona paterna non sufficiant, usque se bonis abstinere parati sint: humanitas tamen hic postulare videbatur, ut eo onere,

re, qui id non ſponte ſuſcepiſſent, liberarentur. Verùm tantùm abeſt, ut jus civile iis ſubvenerit, ut eodem jure etiam neceſsitas iſta comparata ſit & annexa ſuitati. Et quid mirum, ſi lex, quem occidere patri permittebat eumdem neceſſarium hæredem patri fecerit, aut permiſit patrem ſibi facere? Cæterum acerbitatem juris civilis prætor mitigavit data ſuis & neceſſariis hæredibus poteſtate abſtinendi: quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc conſequuntur, ut neceſsitate ſubeundorum onerum hæreditariorum non adſtringantur, *d. l. neceſſariis* 57. *de acq. hær.* Ex eo autem quod prætor hìc dicitur liberis neceſſariis hæredibus volentibus poteſtatem facere abſtinendi hæreditate, & alibi eos liberare oneribus hæreditariis, ſi velint derelinquere hæreditatem, *d. l. neceſſariis*, rectè colligitur, prætorem ex neceſſariis vi ipſa feciſſe voluntarios, quamquam non extraneos: neceſsitatem tantùm à prætore ſublatam, non ſuitatem: quippe cujus maxima pars ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodeſſe, non nocere prætori propoſitum fuit, *l. 12. de vulg. & pup.* Quamobrem etiamnum & ipſo jure & ignorantes hæredes fiunt, & obligantur creditoribus hæreditariis, §. 3. *inf. de hær. quæ ab int. l. 22. de cond. furt. dict. l. neceſſariis* 57. quamvis reſpectu beneficii prætorii, quo fit, ut in eos actio non detur, idem jus habere dicuntur, quod futurum eſſet, ſi liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent, *l. nam nec* 89. *de legat.* 1. Manebit igitur adhuc idem ſuitatis effectus, quem ſupra indicavi, ut ſi filius deceſſerit, cùm vel ignoraret patrem mortuum eſſe, vel ſciret & quidem, ſed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpote ipſo jure ſibi jam quæſitam, ad hæredes quoſlibet tranſmittat. Rectène dicitur, jus ſuitatis tolli per exhæredationem; aut vulgarem ſubſtitutionem; alibi diſputavimus. Clarius verò adhuc apparet, ſuitatem non eſſe ſublatam à prætore ex eo, quod etiam poſt abſtentionem nudum illud nomen hæredis non eſt ſine effectu; nam & ſola ſui hæredis exiſtentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus ſupra ſub *pr. de pup. ſubſt.* & libertates ſuſtinet, *l. cum quaſi.* 30. §. *ſed etſi* 10. *de fid. lib.* quo loco diſertè pro oratione hoc affert Juriſconſultus, *quod non ſit ſine hærede, quia ſuum hæredem, licet ſe abſtinentem, habet*: & operatur confirmationem fideicommiſsi, ut reſtituta hæreditate ex Senatuſconſulto Trebell. tranſeant actiones, *l. ita tamen.* 27. §. 3. *ad Sen. Treb.* Poſtremo inde eſt, quod hæreditas pupilli, quantumvis abſtinentis, poteſtate juris civilis cum hæreditate patris confuſa cenſetur, *l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poſſ.* licet hoc caſu ſubſtitutus pupilli ſeparationem bonorum patris & filii petere poſsit ex ſententia Marcelli probata ab Ulpiano *l. Julianus.* 42. *de acq. hær.*

Ut potius parentis, quàm ipſorum bona) Species ignominiæ eſt, bona alicujus à creditoribus præter æs alienum poſsideri aut publicè diſtrahi. Itaque ne id fiat, etiam mortuorum intereſt; atque ob eam cauſam placuit, non minus ignominiam iſtam, quàm hæreditatem ſervis relinqui poſſe: nec cauſam prætor habuit, cur ſervo neceſſario hæredi poteſtatem daret abſtinendi, *d. l. neceſſariis* 57. §. *ult. de acq. hær.* qui tamen liberorum pudori ac famæ parcendum exiſtimavit, *l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poſſ.* hoc eſt, ſatius putavit, ut ex duobus, qui pari conditione ſunt, potius patris defuncti nomine quàm filii viventis, non ſentientis, quàm ſentientis ſe hac affici injuria, bona poſsideantur aut divendantur.

Textus.

De Extraneis.

3. *Cæteri, qui teſtatoris juri ſubjecti non ſunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi noſtri, qui in poteſtate noſtra non ſunt, hæredes à nobis inſtituti extranei hæredes nobis videntur. Qua de cauſa & qui hæredes à matre inſtituuntur, eodem numero ſunt: quia fœmina in poteſtate liberos non habent. Servus quoque hæres à domino inſtitutus, & poſt factum teſtamentum ab eo manumiſſus, eodem numero habetur.*

Notæ.

3. *Hæredes à matre*) Sicut fœmina liberos in poteſtate non habet, ita nec ſuos hæredes habere poteſt, *l. 4. §. 2. cont. tab.* Multo magis huc pertinent parentes, fratres, &c. Et ſic quidem ad diſcretionem ſuorum hæredum. Nam alias omnes legitimi & honorarii ſucceſſores ab extraneis rectè ſecernuntur.

Eodem numero) Extraneorum videlicet: quoniam utrumque ex defuncti teſtamento conſecutus non eſt, libertatem ſcilicet & hæreditatem, §. 1. *ſup. de hær. inſt.*

Commentarius.

1. *Extranei hæredes quotuplici ſenſu dicantur.*

Sequitur tertium genus hæredum, extranei, qui iidem & voluntarii hæredes dicuntur, propterea quod his hæreditas voluntate acqui-

ritur, ut si velint, liceat suscipere, §. *ult. inf. eod.* si nolint, non cogantur, *l. nec emere 16. C. de jur. del.* eaque appellatione commodius in distributione necessariis oppositi fuissent, ut initio monuimus. Sunt autem extranei seu voluntarii hæredes in liberis hominibus omnes, qui non sunt sui & domestici; ac proinde qui ad hæreditatem sive ex testamento sive ab intestato vocati in potestate morientis non fuerunt, aut non proximo in familia gradu: in servis, qui utrumque ex domini testamento non consequuntur, libertatem scilicet & hæreditatem, §. 1. *supr. de hær. inst. & hoc textu in fin.*

Qui in potestate nostra non sunt) Liberos intelligit emancipatos, quos constat per emancipationem è familia exire, & extraneos nobis fieri, *l. quin etiam 55. §. 1. de rit. nupt.* Itaque sive hæredes à patre instituti sint, sive ab intestato ad bonorum possessionem à prætore vocentur, non efficiuntur ipso jure hæredes aut bonorum possessores: sed sua voluntate aut hæreditatem adeundo, aut bonorum possessionem agnoscendo. Sed & hodie, etsi jure civili quoque ab intestato succedunt, *Nov.* 118. *c.* 1. non aliter tamen, quàm si voluerint, & adierint hæreditatem, hæredes fiunt, ut ex communi sententia hìc notat Wesemb. & suo tempore à nobis confirmabitur.

Qui hæredes à matre instituuntur) Quemad-
1 modum fœmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Huc igitur multo magis pertinent parentes & fratres. Illud singulare est, quod frater impuberi fratri à patre substitutus necessarius fratri hæres sit. Etenim patri concessum est, quos sibi facit necessarios, eosdem & filio facere, *l.* 2. §. *prius* 4. *in fin. l.* 10. §. 1. *de vulg. & pup. l. Julian.* 42. *de acq. hær.* Suum tamen hæredem hunc frarri non fieri, contra Bart. probat Govean. *in d. l.* 2. §. 4. & 5. Omittendum verò hìc non est, verbo extraneorum hæredum non semper intelligi omnes, qui sunt volunrarii, aut omnes designari, qui non sunt sui. Nam & filius emancipatus ab extraneis discernitur, *l. filiusfam.* 114. §. *sed & si* 16. *de legat.* 1. *l. peto* 69. §. *pen. & ult. de legat.* 2. atque in *l. unic. C. de impon. lucrat. descript.* appellatione extraneorum significantur soli, qui in numero descendentium non sunt: & patrono legitimo hæredi extraneus opponi videtur *in l. libertus* 36. *de bon. lib.* Sanè cum de jure succedendi ab intestato quæritur, pro extraneis simpliciter habendi non sunt, qui præteriti aut exhæredati jure civili aut prætorio testamentum rescindere possunt. Quo in genere sunt liberi emancipati, quibus & exhæredatis querela de inofficioso, & præteriris bonorum possessio contra tabulas datur, ac jure novissimo etiam successio ab intestato una cum suis hæredibus defertur. Item liberi, qui numquam in potestate fuerunt; qui & ipsi exhæredati matris aut avi materni testamentum inofficiosum dicere possunt. Quibus accedit, quod ex constitutione Theodos. liberi omnes à parentibus instituti hæreditatem etiam non aditam, & ante apertas tabulas morientes, transmitrant ad eos, qui ex se descendunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* qui effectus quidam est suitatis: & sui hoc amplius tantùm habent, quod hæreditarem ignorantes transmittunt ad hæredes quosvis. Sed neque parentes prorsus extranei hæredes habendi, cùm in ipsis præteritis querela inofficiosi competat. Quin etiam omnes, qui ab intestato sive à lege sive à prætore ad successionem vocantur, suo sensu possunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab intestato venire non possunt: eoque sensu Cajus *lib.* 2. *tit.* 3. *in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur: quamvis inscitè eo loco, ubi extraneos & suos invicem in dividendo opponit. Ex his verà intelligi porest, quid sibi velit Baldus *in l.* 9. *col.* 12. 3. *opp. C. de collat.* cùm ait, extraneum dici tripliciter, à suitate, à filiatione, & à cognatione.

TEXTUS.

De testamenti factione.

4 *In extraneis hæredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive hæredes ipsi instituantur, sive ii, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio: mortis verò testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius & cum adit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio; sive purè, sive sub conditione hæres institutus sit. Nam jus hæredis eo maximè tempore inspiciendum est, quo acquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solùm is habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo, furiosus, & mutus, & postumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alie-*

alienus, testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint; attamen ex testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt.

Notæ.

4. *In extraneis*) Ex Florent. *l.* 49. §. 1. *de hared. inst.* ait *in extraneis*, quia in suis hæredibus vix est, ut locus sit quæstioni de capacitate.

Qui in potestate eorum) Ratio est, quoniam institutio servorum, qui per se sunt incapaces, substinetur ex persona domini, quocum testamenti factio est, *l.* 31. *d. tit.*

Ut effectum habeat) Id est, ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, si quis sit mortis tempore cui hæreditas utiliter deferatur, & qui eum adeundo possit consequi, *l.* 52. *de leg.* 2.

Et cum adit hareditatem) Ita & Flor. *d. l.* 49. §. 1. Cæterum non sufficit hoc tempore capacem esse, si mutatio juris hæredi contigerit post mortem testatoris aut conditionis eventum.

Commentarius.

1 *In successione ab intestato de capacitate haredum diversis temporibus spectanda quari non posse; de qualitate posse.*
2 *Quid in successione ex testamento circa suos haredes.*
3 *Notatur & refellitur insignis error Wesembecii.*
4 *Cum de capacitate inspicienda quaritur, nihil interesse, domini an eorum servi instituti sint.*
5 *Non satis subtiliter tempus adeunda hareditatis in consideranda capacitate haredis constitui terminum distinctum à tempore mortis.*
6 *Probatur invictis rationibus, tempus adeunda hareditatis neque in pura institutione tertium, neque in conditionali quartum terminum constituere.*
7 *In pura institutione ut duo sunt extrema, ita unum tantùm esse medium tempus, quod non noceat; in conditionali uti extrema tria, ita duo tantùm media.*

EXpositis generibus & differentiis hæredum, pergit ad id, cujus cognoscendi causa differentiæ istæ præcipuè traditæ fuerunt, videlicet ad ipsam hæreditatis jure delatæ acquisitionem: & quia in extraneis hæredibus (in aliis enim, ut mox ostendemus, disputatio proposita inepta est) ad acquirendam hæreditatem necessario requiritur, ut sint hæreditatis capaces; merito primum docet, quibus temporibus capacitas illa inspicienda sit, ut hæreditatem sibi delatam obtinere possint. Qua de re ut habeamus quod certo statuere liceat, primum distinguendum est inter successionem ab intestato, & sucessionem ex testamento: deinde inter qualitatem hæredis, & ejusdem capacitatem. In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda disputari non potest; cùm nemo ad successionem ab intestato vocetur, qui non sit capax tempore mortis ejus, de cujus hæreditate agitur. De qualitate autem quæri potest, puta quo tempore spectandum, an quis suus sit, aut proximus agnatus. Placuit autem, in eo inspici tempus delatæ hæreditatis; quod tempus plerumque quidem idem est cum tempore mortis, sed tamen non semper, §. *cum autem.* 7. *infr. de hared. qua ab int.* §. *proximus.* 6. *infr. de leg. agnat. succ.* quibus locis diligenter hoc à nobis exponitur. In successione ex testamento in suis hæredibus vix est, ut locus sit quæstioni de capacitate, cùm non possit non esse cum suo hærede testamenti factio. Cæterum quod ad qualitatem, hoc est, suitatem pertinet, quæri potest, utrum necesse sit eos utroque tempore suos esse & testamenti facti & mortis testatoris; an satis sit, tales fuisse saltem altero, id est, tempore mortis. Sed verius est, sufficere, tales esse tempore mortis, etsi tempore testamenti non fuerint, *per l. si quis.* 18. *de injust. rupt. l.* 23. §. 1. *de lib. & posth.* ut tamen & testamenti tempore capaces fuerint, omnino necesse est: alioqui Catoniana regula impedietur institutio. Notandus autem hic est insignis error Wesembecii, qui scribit, non fuisse necesse, ut de suis & necessariis eadem moneremur, propterea quod ex persona testatoris testamenti factionem habeant. Quis enim umquam fando audivit, quemquam habere testamenti factionem ex persona testatoris? cum servo testamenti factio est ex persona domini, & substinetur servi alieni institutio, si cum domino testamenti factio est, quasi ipse dominus mediatè per servum institutus esset, *l. non minus.* 31. *de hared. inst. l.* 10. §. 1. *de acquir. rer. dom.* Sed hoc ad servum necessarium hæredem qui applicari potest? aut qui potest domini persona accommodari servo, ubi idem dominus est & testator? Sed valet hìc institutio ex persona ipsius hæredis, quatenus consideratur ut jam liber & civis Romanus, quo tempore testamento deferri incipit hæreditas. Dicere verò, filiumfamil. hæredem institutum aliunde personam mutuari, sive ab extero hæres institutus sit, sive à patre, intolerabile est. Ut ad rem redeam, tota fere quæstio de inspicienda diversis temporibus capacitate, ad extraneos hæredes, eosque testamento institutos pertinet; quemad-

modum etiam hìc de extraneis hæredibus propoſita eſt ex Florentino, *l. ſi alienum*, 49. §. 1. *de hær. inſt.* Quàm rectè dicatur, & quam rationem habeat, quod tria tempora hic obſerventur, tempus facti teſtamenti, mortis teſtatoris, & hæreditatis adeundæ, ex progreſſu liquebit.

Sive ii qui in poteſtate eorum ſunt) Cùm extranei hæredes alias capaces ſint, alias incapaces, & eorum qui ſunt capaces, non minus ſervi, quàm illi ipſi hæredes inſtitui poſſint, quæri poterat, an quibus temporibus capacitas eorum ſpectatur, cùm ipſi hæredes inſtituti ſunt, iiſdem etiam eadem ſpectetur, cùm inſtituti ſunt eorum ſervi? Ait autem Imp. hìc poſt
4 Floreut, *d.l.ſi alienum.*49. §.1. nihil in propoſito intereſſe,utrum ipſi domini hæredes inſtituti ſint, an ſervi eorum. Et rectè: nam cùm ſervorum, qui ipſi per ſe incapaces ſunt, inſtitutio ſuſtineatur ex perſona domini, quorum teſtamenti factio eſt, *l. non minus*, 31. *de hæred. inſtit. l.* 12. §. 2. *de legat.* 1. conſequens omnino eſt, teſtamenti factionem iiſdem temporibus cum domino eſſe oportere, ſervo ejus hærede inſtituto, quibus oportere, ſi ipſe hæres inſtitutus eſſet: proinde & facti teſtamenti tempore & mortis teſtatoris. Huic tamen patri contradicere videtur Terentius Clemens, *l. ſervus.* 82. *de acq. hær.* Ait enim, ſervum ejus, qui capere non poteſt, & hæredem inſtitui poſſe, & eum ipſum, ſi, antequam juſſu domini valeat, manumiſſus ſit, ad hæreditatem admitti. Verùm ut totus iſte locus & loci inſcriptio oſtendunt, non loquitur Clemens de ſervo ejus, qui omnino non eſt capax, aut cum quo ſimpliciter non eſt teſtamenti factio, qualis eſt peregrinus aut deportatus: (nam & hunc nihil prohibet ſervum habere, *l.* 7. *de legat.* 3.) ſed de ſervo ejus, cum quo quidem ut cive Romano teſtamenti factio eſt, ſed qui capere non poteſt ex ejus teſtamento, qui ſervum inſtituiſſe proponebatur. Erant enim inter cives, qui ex quorumdam teſtamentis aut nihil aut partem tantùm capere poterant, ut cœlibes,orbi, vid. *ſupr.pr.de hær.inſt.* Aliter reſpondet Cujac.*ad d.l. ſi alienum.* 49.§. 1. *de hær. inſt.*

Duobus temporibus, teſtamenti facti, & mortis teſtatoris) Mox tamen adjicit & tertium tempus, ſcilicet quo adeunda hæreditas, uti & Juriſconſultus *d. l. ſi alienum*, §. 1. De duobus temporibus teſtamenti & mortis teſtatoris, res expedita eſt. Nam teſtamenti tempus ideo neceſſario inſpiciendum eſt, ut conſiſtat inſtitutio, nimirum propter regulam Catonianam, qui initium ſpectari vult, nec patitur, inſtitutionèm, quæ ab initio non valuit, ex poſtfacto convaleſcere, *tot. tit. de reg. Caton.* Mortis verò ideo, ut effectum habeat inſtitutio; hoc eſt, ut dies ejus utiliter cedat. Quod fit, ſi quis ſit eo tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, quique eam adeundo ſibi acquirere poſſit, *l. non oportet.* 52. *de legat.* 52. Quod verò duobus iſtis temporibus Imp. & Juriſconſult. *d. l. ſi alienum*, §. 1. tertium adjungunt, tempus ſcilicet adeundæ hæreditatis, eoque tempore non minus quàm ſuperioribus, atque ut diſtinctio à tempore mortis capacitatem hæredis inſpiciendam ajunt, idque ſive ſub conditione inſtitutus ſit, ſatiſne ſubtiliter aut conſideratè ab iis dicatur, merito dubitaveris. Mihi enim, ut dicam quod ſentio, Juriſconſultus, cujus verba deſcripſit Tribonianus, non ſatis cautè eo loco locutus videtur: neque id temere à me dictum mox fatebere.

Hoc amplius & cum adit hæreditatem, &c. ſive purè, ſive ſub conditione inſtitutus ſit) Ita quoque Juriſconſultus in *d. l. ſi alienum*, §. 1. nimirum ergo Imp.& Juriſconſultus hoc ajunt, præter priora duo tempora, teſtamenti ſc. & mortis teſtatoris, etiam adeundæ hæreditatis tempus circa capacitatem hæredis ſpectari, ſive purè, ſive ſub conditione inſtituti. Mihi verò hoc inconſideratius dictum videtur, & ſive pura ſit inſtitutio, ſive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda capacitate hæredis non bene conſtitui terminum diſtinctum à tempore mortis aut conditionis exiſtentis. Primum enim ubi pura inſtitutio eſt, nego plura tempora in propoſito ſpectari, quàm duo illa, teſtamenti facti, & mortis teſtatoris: tempus autem adeundæ hæreditatis à tempore mortis ajo diſtingui non oportere. Quod ſic demonſtro. Hæres purè inſtitutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, fruſtra quæritur de ejus capacitate tempore aditionis hæreditatis, cùm qui capax non eſt tempore mortis, & ſi poſtea capax fiat, hæreditatem acquirere non poſſit: quod ipſum etiam hoc loco & *d. l. ſi alienum*, 49. §. 1. apertè ſignificatur, cùm ad hoc ut effectum habeat inſtitutio, requiritur, ut inſtitutus capax ſit tempore mortis; neque ratio juris aliud patitur, ſecundum quam conſtat, tempus aditionis cum tempore mortis conjungi, *l. hæres.* 54. *de acq. hæred. l. omnia.* 193. *de reg. jur.* Si eſt capax, & deinde hæreditate nondum adita incapax factus, poſt aliquando in priſtinam cauſam reſtitutus ſit, hic quidem temporis adeundæ hæreditatis tamquam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterum non haberi, ac ne ſic quidem

hæ-

hæreditatem institutio acquiri posse, ex eo evincitur, quod in pura institutione unum tantùm tempus intermedium est, quo hæredi mutatio juris non noceat, tempus scilicet, quod intercedit inter factum testamentum & mortem testatoris; ex quo porro hoc sequitur, in pura institutione duo tantùm esse extrema, quæ circa capacitatem hæredis considerentur, tempus testamenti conditi, & mortis testatoris: per hunc *text. vers. modio autem*, & *d. l. si alienum*, §. 1. *vers. eod.* Denique certum est, non tantùm mortuo hærede instituto, sed etiam eo deportato aut servo facto ante aditam hæreditatem, statim locum fieri substitutis aut hæredibus ab intestato, *l. Gallus*, 29. §. & *quid.* 5. *de l.* & *post. l.* 3. §. 1. *de his quæ pro non script.* Sed nec in conditionali institutione rectè dicitur, circa capacitatem hæredis inspici tempus aditionis; sed præter duo priora inspicitur etiam tempus existentis conditionis, ita ut tria quidem hìc sint extrema, sed præter tempus testamenti & mortis, tum inspicitur existentia conditionis, non etiam tempus adeundæ hæreditatis; alioqui enim dicendum foret, quod inauditum est, in conditionali institutione quatuor tempora distinctè consideranda esse, testamenti, mortis, conditionis existentis, & quo aditur hæreditas: siquidem conditio existens hæredem scriptum jure hæredem non facit; sed tantùm institutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hæreditatem nihilominus adhuc opus sit aditione. Quid quod nec Imperator ipse aut Jurisconsultus *dict. loc.* plura tempora in conditionali institutione agnoscunt, quàm tria ista, quæ diximus? Ajunt enim, medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutationem juris non nocere hæredi. Quod si tempus adeundæ hæreditatis quoque eodem modo spectaretur addere debebant, æquè medio tempore inter conditionem existentem & aditionem hæreditatis mutationem juris hæredi non obesse. Effectum igitur est, tempus aditionis hæreditatis neque in pura institutione constituere terminum tertium, neque in conditionali quartum; ac proinde parum consideratè tempus illud hoc loco cõfertur cum prioribus. Et omnino existimo, eo quod hìc traditur de inspicienda capacitate hæredis etiam quo tempore de adeunda hæreditate agitur, nihil aliud significari, quàm eum, qui isto tempore capax non est, licet cæteris temporibus capax fuerit, hæreditatem adeundo acquirere non posse: & quamvis nec monitio pene inepta videatur, cùm contradictoria sint, incapacem esse, & posse acquirere hæreditatem, tamen non alium illorum verborum sensum esse patet ex eo, quod cum de extremis agitur & intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus adeundæ hæreditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpote quo capacem esse hæredi nihil prosit, si aliquando aut post mortem testatoris aut post conditionis existentiam incapax fuerit.

Medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem) Hic expressa habemus tempora omnia, & quæ considerantur ut extrema, & quæ insuper habentur ut intermedia. In pura institutione extrema duo sunt, testamenti, & mortis testatoris; medium unum, quod inter duo ista interjectum est. In institutione conditionali extrema tria; nam tertium in ea facit existentia conditionis: media, quæ non nocent, duo. Quippe secundum medium in ea est, quod intercedit inter mortem testatoris & conditionem institutionis existentem. Præter hæc neque aliud extremum, neque intermedium numeratur. Unde apparet, verba, quæ sequuntur, *quia, ut diximus, tria tempora inspici debent*, eadem, quæ supra, inconsiderantia prolata esse, & vel non attento tempore conditionis existentis, vel duobus temporibus, mortis, & existentis conditionis, pro uno computatis, forte quod posterius retrotrahitur, & conjungitur cum priore. Illud nullam rationem habet, quod Jo. Faber contendit, in conditionali institutione non esse necesse, ut hæres capax sit tempore mortis testatoris. Nam si tempore testamenti facti id exigitur, fortiori ratione idem exigetur tempore mortis, quod, quoniam morte testamentum confirmatur, magis principale habendum est; & jam dictum est, tempus conditionis existentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hæreditatis; atqui hoc fieri non potest, si tempore mortis cum hærede non fuerit testamenti factio. Itaque nullius momenti est argumentum Fabri, quod tantum facit in conditionali institutione tempus existentis conditionis, quantum in pura tempus mortis. Nam etsi ex conditionali institutione non defertur hæreditas tempore mortis, sed demum existente conditione; quam ob causam etiam in capacitate hæredis inspicienda illius temporis ratio habetur: nihilominus tamen & tempus mortis in eodem negotio spectandum est; quia existente conditione ad id tempus statim recurritur, & perinde habetur, ac si purè institutio facta esset: nec verò ob aliam causam institutio conditionalis sustinetur,

quàm quod, conditione quandoque existente, eventus ejus ad tempus mortis retrotrahitur, & pro eo res habetur, ac si purè hæreditas relicta sit. De quo ex professo *sup.* §. *hæres* 9. *de hær. inst.* Sed & apertè satis hoc ipsum significat Justinianus, cùm ait, tria tempora inspici debere: hoc enim tam de conditionali, quàm pura institutione dici palam est. At ex tribus istis temporibus unum est tempus mortis: refert enim se ad tria illa, quæ antea enumeraverat; ut verò extrema habilia sint necesse est. Hæc plerisque aut ignota, aut intacta, ut Viglio, Mynsf. Hotoman. Wesembec. &c.

Ex alieno testamento capere) Testamenti factione duplex jus continetur, faciendi testamentum, & ex testamento capiendi. Hinc vulgo DD. testamenti factionem dividunt in activam & passivam. Quamvis enim propriè is solus testamenti factionem habere dicatur, cui testamenti faciendi jus est; videmus tamen nostros aliquando pinguius ita loqui, ut eos quoque dicant testamenti factionem habere, qui tantùm capere ex testamento possunt, *l. filiusfam.* 16. *qui test. fac. l. ult. pro hæred.* cum quibus esse testamenti factio rectius dicitur & usitatius, ut alibi ostendimus.

Furiosus) Marcellus *d. l. filiusfam.* 16. §. 1. *qui test. fac.* scribit, furiosum ideo testamenti factionem habere, quia potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum. Non addit, hæreditatem; quoniam eam hæres scriptus, donec resipiscat, nec sibi nec alii acquirere potest, extra quam si patri necessarius hæres existat, *l. furiosus* 63. *de acq. hær.* Planè curator furiosi bonorum possessionem ejus nomine agnoscere potest, *l. ult.* §. *si autem* 3. *C. de cur. fur. l.* 1. *de bon. poss. fur. infant. &c.*

TEXTUS.

De jure deliberandi, & de beneficio inventarii.

5. *Extraneis autem hæredibus deliberandi potestas est de adeunda hæreditate, vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hæreditatis; sive extraneus, cui de adeunda hæreditate deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit XXV. annis. Nam hujusmodi ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis, ita & si temere damnosam hæreditatem susceperint, prætor succurrit. Sciendum est tamen, divum Hadrianum etiam majori XXV. annis veniam dedisse, cùm post aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit. Divus autem Gordianus postea militibus tantummodo hoc concessit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit; & constitutionem tam æquissimam, quàm nobilissimam scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hæreditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hæreditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.*

NOTÆ.

5. *Extraneis hæredibus*) Ex Florent. *l.* 49. §. 1. *de hær. inst.* Ait, *extraneis*, quia deliberatio extraneorum hæredum propria est. Cæterum postquam suis hæredibus à prætore concessa facultas abstinendi, etiam deliberandi eis data, *l.* 8. *& seq. de jur. del. l.* 19. *C. eod.*

Deliberandi potestas) Si creditores legatarii, &c. non urgeant, potest hæres vel intra 30. annos adire: si instent, aut statim adire debet, aut tempus ad deliberandum petere, *l.* 9. *C. eod.* ut interim instrumenta hæreditaria & rationes defuncti inspiciat, *l.* 5. *D. eod. l.* 28. *de acq. hær.* à Principe annus conceditur, à judicibus novem menses, *l. ult.* §. 13. *C. d. tit.* olim id fuit arbitrarium, *l.* 1. §. 2. *D. eod.*

Immiscuerit se) Sui non dicuntur adire, prove hærede gerere, aut repudiare, quæ iis solis conveniunt, quibus hæreditas tantùm oblata est; sed immiscere, aut abstinere, quæ propriè dicuntur de rebus partis & jam nostris, *l.* 14. §. 1. *de relig. l.* 11. *l.* 57. *l.* 71. §. 1. *l.* 87. *de acq. hær.* quamquam interdum hæc accuratio negligitur, *l.* 7. §. 10. *de minor. l.* 6. *C. de leg. hær.*

Nisi minor 25. *annis*) *L.* 7. §. 5. *de minor.* ex generali nimirum illo edicto, propter inconsultam hujus ætatis facilitatem.

Damnosam hæreditatem) Et ex contrario, si lucrosam tempore repudiaverint, *l.* 2. *C. si ut omn. hær.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæredem tam in onera, quàm in commoda hæreditaria succedere.*

2 *Jus deliberandi quorum causa & cujus rei gratia comparatum; quis ejus effectus, & quid hìc de suo contulerit Justinianus.*

3 *Etiam suis hæredibus jure prætorio deliberandi facultatem esse.*

Post

4 *Post aditionem aut immixtionem hæreditatem derelinqui non posse, nisi à minore 25. annis per restitutionem in integrum.*
5 *Majoribus ex clausula generali vix esse ut hìc succurratur.*
6 *Beneficium inventarii.*
7 *Quæ neglecti hujus beneficii pœna.*
8 *Jus hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarii hæreditatem.*

HÆres suscepta hæreditate in jus & locum defuncti succedit, eumque in omnibus, quæ personæ non cohærent, repræsentat, *l. hæres.* 37. *de acq. hær. l. nihil.* 24. *de verb. sing. l. hæreditas.* 62. *de reg. jur.* junct. *l.* 8. §. 3. *de*
1 *lib. leg.* Hoc autem cùm dicimus, intelligimus, hæredem succedere non tantùm in jus, quod defunctus habuit adversus alios; verùm etiam in id jus, quo defunctus aliis tenebatur: in summa, hæredem tam onerum & incommodorum successorem esse, quàm commodorum hæreditariorum; ac proinde obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoque nomine à creditoribus hæreditariis conveniri posse, conventum iis respondere, eorumque actiones, quæ ex contractibus defuncti descendunt, suscipere cogi, etiamsi hæreditas solvendo non sit, *l.* 8. *de acq. hær. l.* 2. *C. de hær. vel act. vend. l. ult. C. de hær. act.* §. 1. *infr. de perp. & temp. act.* Quæ cùm ita sint, periculosum sanè atque anceps est, hæreditatem aut adire statim, aut statim repudiare; illud, ob periculum æris alieni, quod initio latere potest; hoc, ne temere repudiando lucrosam hæreditatem amittamus. Cæterum adversus hujusmodi periculum duo remedia hæredibus cunctantibus comparata sunt, sive ex testamento sive ab intestato ad hæreditatem vocatis; ac proposita non extraneis tantùm de adeundo aut repudiando, sed etiam suis hæredibus de immiscendo aut abstinendo cogitantibus. Unum vetus est, jus deliberandi, de quo in pr. hujus §. alterum novum à Justiniano primùm introductum, beneficium scilicet inventarii, quod indicatur vers. *Sed nostra.* Quod attinet ad jus deliberandi, sciendum est, id non tantùm hæredis
2 gratia comparatum esse: sed eorum quoque, quorum interest hæreditatem statim aut adiri aut repudiari, puta creditorum, substitutorum, eorumve, qui ab intestato venire possunt. Quin etiam hoc remedio, si nemo istorum sit, qui urgeat, non admodum hæredi opus est: quippe cui liberum, tamdiu hæreditatem amplecti, quamdiu eam non recusaverit, *l.* 9. *C. de jur. del.* neque enim tempus ullum adeundæ hæreditati legibus præstitutum est; & si aliquo tempore, solùm longissimo, id est, præscriptione 30. annorum, jus hæredis excluditur, DD. comm. *per l.* 3. *C. de præscript.* 30. *ann.* Jas. *in l.* 8. *C. de jur. del.* Coras. 6. *misc.* 21. Cæterum si sint qui urgeant, hìc prædictum remedium hæredi necessarium est, nisi paratus sit statim aut hæreditatem suscipere, aut possessionem bonorum pati, aut aliorum successionem, *l. si quis* 23. §. 2. *de hær. inst. l. quamdiu* 69. *de acq. hær.* Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut statim respondeat, hæres necne esse velit, aut tempus ad deliberandum petat, *l.* 9. *C. de jur. del.* Tempus hoc olim positum erat in potestate jus dicentis, qui pro arbitrio suo deliberationem petenti diem præstituebat, *l.* 1. *in fin. d. tit.* non utique ex libidine sua id faceret, sed ut pro prudentia sua statueret tempus moderatum, *d. l.* 9. *C. eod.* quantum scilicet sufficere videretur ad cognoscendas facultates defuncti: nec pauciores daret, quàm centum dies, *l.* 2. *eod. tit.* Justinianus summum tempus, si à Principe deliberatio petatur, annum esse voluit, si à judicibus, novem menses, *l. ult.* §. *& si quidem* 13. *C. eod.* Impetrato tempore ad deliberandum, licèt hæredi interea explorare vires patrimonii defuncti, petere ut rationum defuncti & instrumentorum hæreditariorum inspiciendorum sibi copia fiat; ut instruere se possit, atque apud se constituere, expediat nec ne agnoscere hæreditatem, *l.* 5. *eod. l. Aristot.* 28. *de acq. hær.* Quod si intra diem præstitutum hæreditatem non agnoverit, respectu substituti aut hæredis legitimi hæreditas pro repudiata habeatur, *l. quamdiu* 69. *de acq. hær.* Creditoribus autem obligat perinde ac si adiisset, *d. l. ult.* §. *pen. C. de jur. del.* nimirum prout utile ei est, ad cujus instantiam tempus est præfixum, ita silentium deliberantis pro aditione aut repudiatione haberi debuit. A Justiniano hoc etiam hæredibus tributum, ut intra annum ex quo hæreditatem sibi delatam esse cognoverint, decedentes, cùm ipsi eam nec addiissent nec repudiassent, jus deliberandi atque adeundi intra tempus quod ex eo anno reliquum est, in quosvis hæredes transmittant, *l. cum in antiquioribus* 19. *C. d. tit.* eoque jure etiam nunc utimur. Grot. *lib.* 2. *manuduct. c.* 22.

Extraneis hæredibus) Jus deliberandi de adeunda vel repudianda hæreditate extraneorum & voluntariorum hæredum proprium est. Nam in suis hæredibus, si jus civile spectamus, quo etiam sunt necessarii, locus esse deliberationi non potest: quippe cùm sine ullo suo facto, ipso jure statim hæredes existant, nec

nec potestatem habeant hæreditatem ita quæ-
3 sitam derelinquendi. Cæterum postquam prætor suos ad instar voluntariorum redegit, dato beneficio abstinendi, consequens fuit, ut etiam jus deliberandi eis daret exemplo extraneorum hæredum voluntariorum: ut quemadmodum extraneis jus est deliberandi, utrum adeant, an repudient, ita suis deliberandi jus sit, utrum immiscere se paternæ hæreditati, an ea abstinere, consultius putent, *l. 8. & l. seq. de jur. delib. l. cum in antiquioribus 19. C. eodem.*

Postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit) Tempus deliberandi ab hærede prius petendum est, quàm hæreditatem adeat, aut se immisceat. Regula enim juris est, neminem posse hæreditatem semel sibi quæsitam, sive per aditionem sive per immixtionem, relinquere aut repudiare, *l. 4. C. de repud. hær. l. 10. C. de jur. delib.* Neque
4 prætor cuiquam post aditionem aut immixtionem subvenit per in integrum restitutionem, nisi minor sit 25. annis, qui temere & inconsulta facilitate lapsus damnosam hæreditatem addisse aut appetiisse proponatur: quippe cujus ætatis hominibus prætor ex generali edicto, quod est de minoribus, succurrit, ut etiam post agnitam hæreditatem se possint abstinere, *l. 7. §. sed & si 5. de minoribus, l. necessariis 57. §. 1. de acq. hær.* quemadmodum ex contrario quoque, si quis juvenili levitate ductus omiserit aut repudiaverit hæreditatem aut bonorum possessionem, aliquando à prætore restituitur, ut eamdem agnoscere liceat, videlicet si omnia sint in integro, *l. quod si minor 24. §. 2. de minorib. l. 1. & 2. C. si ut omiss. hær.* Liberis impuberibus hoc amplius concessum, ut omnimodo se abstinere possint, id est nec adito prætore, sive se immiscuerint sive non immiscuerint, *l. 11. d. l. necessariis de acq. hær.*

Veniam dedisse) Quod jus cùm singulare fuerit, uni ex singulari gratia à Principe concessum, ut mox sequitur, ad consequentias pro-
5 duci non debuit. Et ideo existimo, contra quam Wesemb. & Bachov. nec prætorem in proposito majoribus 25. annis subvenire solitum ex clausula generali edicti, *Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur.* Merito namque his objicietur, quod cùm possent, spatium ad deliberandum non petierint. Aut enim contempserunt beneficium juris, & indigni sunt auxilio, aut stultè omiserunt, id est, in jure errantes, quibus succurri non solere constat, *l. pen. in pr. & §. ult. de jur. & fact. ign.* Planè si nihil sit, quod hæredi imputari queat, non negaverim, causa cognita audiendum: veluti si emerserit postea æs alienum, quod toto tempore deliberationis latuerat, nec sciri ab hærede, quamvis omnia diligenter explorante, potuit, per *d. l. 8. de jur. del.* Neque enim simplex facti ignorantia cuiquam nocere debet.

Gordianus postea militibus) De jure, quo Gordianus militibus concessisse dicitur, sic scribit Justinianus *l. ult. C. de jur. delib. Sed & veterum constitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui per ignorantiam hæreditatem adierunt, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hæreditate defuncti invenerint; ipsorum autem bona à creditoribus hæreditariis non inquietentur.* Et hoc jus constitutionemque Gordiani postea §. *ult. ejusd. l.* confirmat, hoc addito, propterea à se introductum, ut etsi milites inventarium non fecerint, non ampliore tamen summa teneantur, quàm in hæreditate invenerint.

Sed nostra benevolentia commune omnibus hoc beneficium, &c.) Poterat tam paucis verbis, quàm quibus benevolentiam suam commendat, ipsum beneficium explicare. Est autem illud, quod vulgo appellatur beneficium inventarii; propterea quod confecto solemni rerum hæreditariarum inventario hæres hoc
beneficium consequitur. Summa fere consti- 6
tutionis Justiniani, quæ extat in *l. ult. C. de jur. del.* hæc est, ut hæres intra 90. dies, ex quo sibi delatam esse hæreditatem sciet, si res propinquæ sint: intra annum, si longius absint, inventarium rerum omnium hæreditariarum, præsentibus tabulariis ac testibus non minus tribus, cæterisque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, puta creditoribus, legatariis, eorumve procuratoribus, *Nov. 1. cap. 2.* conficiat, ipse sua manu id subscribat, aut à tabulario testibus præsentibus subscribendum curet. Quo ita legitimè confectio, consequitur beneficium Justiniani, ut ne ultra vires hæreditarias teneatur, neve actiones, quas ipse contra defunctum habuit, aditione confundantur; sed ut possit non minus quod sibi debebatur retinere, quam creditores extranei suum exigere: quorum neutrum hæredi tribuebatur jure veteri, *l. 8. de acq. hær. l. sicut 75. de solut. l. 7. de pact.* Confectum ab hærede fiduciario inventarium rectè hæredi fideicommissario cedi, cessumque ei prodesse; aut si hæres non fecerit, ipsum sibi fideicommissarium rectè facere, post Bart. *l. qua ratione 11. §. quod vulgo 5. numer. 9. & 10. ad leg. Falc.* tradit Jas. *in additione ad Port.*

§. *sed*

§. *sed quia* 7. *infr. de fideicommiss. hæred.*

Nisi omissa observatione nostræ const. deliberandum existimaverint) Etsi Justiniano visum est, post introductum à se beneficium inventarii antiquum jus deliberandi penitus esse supervacuum; tamen, ut ipse testatur, motus plerorumque supplicationibus, veteri remedio adhuc uti cupientium, jus illud liberum reliquit, *d. l. ult.* §. *& hæc quidem* 13. *Cod. de jur. del.* Et verò cur relinqueret, magna causa fuit. Habet enim confectio inventarii hoc incommodum, quod necesse est detegi defuncti facultates; quod plerique omnes, si liceat, minimè volunt. Deliberationem autem ita admisit, ut eam petentibus, & intra præfinitum tempus hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera imposuerit, tamquam pœnam contempti beneficii sui: primum, ut creditoribus in solidum tenerentur, quamvis inventarium cum omni subtilitate, ut ipse loquitur, fecerint: alterum, ut si non fecerint inventarium, etiam beneficio Falcidiæ privarentur, *d. l. ultim.* §. *pen.* Novissimè hoc insuper cavit, ut hæres inventarium non conficiens solida legata præstet, etsi vires patrimonii excedant, *Nov.* 1. *cap.* 2. Plura ad inventarium pertinentia qui nosse desiderat, adeat DD. *in d. l. ult.* Clar. §. *testamentum, quæst.* 46. Grass. *lib.* 2. *art. inventarium, per tot.* Apud Burgundiones, & in universa Gallia, item in hisce regionibus invaluit, ut jus pro hærede gerendi cum beneficio inventarii pro speciali gratia habeatur, ac propterea id à Principe impetrandum sit, aut à Curiis ultimæ jurisdictionis, quemadmodum apud nos, *art. instr. cur. sup.* 23. Impetrato autem beneficio tenetur hæres per apparitorem aliosve ad hoc publicè constitutos, præsentibus duobus testibus, intra dies 40. inventarium omnium bonorum hæreditariorum conficere; dein curare, ut res mobiles æstimentur, ac tunc demum præstita cautione reddendarum rationum, possessio administratioque bonorum ei permittitur, uti cautum uberius constitutione Caroli Quinti, edita anno 1544. Sande *lib.* 4. *tit.* 12. *defin.* 1. Sed & ita demum hoc beneficium conceditur, si non alius de cognatione defuncti purè & simpliciter omissoque beneficio hæreditatem adire paratus sit: quod & diplomati sive mandato inseri solet. Hoc autem procul dubio institutum est, partim propter utilitatem creditorum, ut ab eo, qui simpliciter adit, solidum consequantur, partim ut honori defuncti consulatur; qui si nemo sine cautione inventarii bona ejus suscipere velit, vulgo creditur solvendo non fuisse. Qua de re adeundi Chass. *ad consuet. Burg. tit.* 7. §. 13. Baro *ad hunc* §. Peck. *lib.* 1. *de test. conjug. cap.* 35. Gudelin. *de jur. nov. lib.* 2. *cap.* 18. Grot. 2. *manud. cap.* 21. Christin. *vol.* 4. *decis.* 22. Planè extranei idem offerentes non audiuntur, ac ne maritus quidem aut uxor, *dec. supremi apud nos Senatus* 7. Peck. *d. cap.* 35. Zypæ *not. jur. Belg.* C. *de jur. delib.*

Textus.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

6. *Item extraneus hæres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hæreditatem vocatus, potest aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hæreditatis, hæres fieri. Pro hærede autem gerere quis videtur, si rebus hæreditariis tamquam hæres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo, locandove: & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo, de adeunda hæreditate: dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro hærede gerit, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse. Pro hærede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim hæredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntas extraneus hæres fit: ita contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro hærede gerere, & acquirere sibi hæreditatem; si tamen intelligit quod agit.*

Notæ.

6. *Tamquam hæres utatur*) Potest enim quis res attingere hæreditarias, ut tamen id non faciat quasi hæres: puta si quid pietatis aut custodiæ causa fecerit, aut si suum putavit, *l.* 20. *pr. &* §. 1. *de acq. hær.*

Vendendo res hæreditarias, &c.) Nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse, *d. l.* 20. §. 1. *l.* 1. *C. de rep. hær. l.* 1. *C. de jur. del.* Quædam etiam sunt, quæ citra nomen & jus hæredis nemo facere potest. Exemplum in *d. l.* 20. §. 4. *l.* 42. §. 2. *eod.*

Dummodo sciat) Vid. *l.* 19. *l.* 22. *l.* 32. §. *ult. eod.*

In cujus bonis pro hærede gerit) Hic verbum *pro hærede gerere* latius videtur accipi, quàm in *pr.* §. Nam horum verborum *pro hærede gerere*, & *adire*, etiam generalis significatio est, alterumque pro altero, & unum pro utroque interdum usurpatur, *l.* 12. *de inter. in jur. l.* 88. *de acq. hær.*

Contraria destinatione) Sic tamen, ut declaret se hæredem esse nolle vel verbis, vel scripto

to nutuve, *l.* 95. *eod.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur. Exempl. *in l.* 17. §. 1. *l.* 77. *eod. l.* 23. §. 1. *de inoff. test.*

COMMENTARIUS.

1 *Doctrinam bujus §. propriè pertinere ad hæredes extraneos.*
2 *Duo dumtaxat esse, distincta tamen inter se, genera acquirendæ hæreditatis, aditionem, & pro hærede geritionem.*
3 *Qui plura genera statuunt, eos egregiè imponere studiosis disciplinæ juris.*
4 *Cretionem nihil aliud fuisse, quàm solemnem quamdam aditionem, contra quam Joseph. Scaliger; & cur nulla hic cretionis mentio.*
5 *Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur.*
6 *Porci, Angeli, & Bachovii opinio de nuda animi destinatione notata.*
7 *Ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat, quarum rerum eum gnarum esse oporteat.*
8 *Variæ circa etymologiam hæredis opiniones.*
9 *In repudiante hæreditatem eadem ex contrario, quæ in admittente requiri.*
10 *Etiam surdos & mutos pro hærede gerere posse.*
11 *Quid si hæreditas delata sit furioso, impuberi, infanti.*

1 HIc §. ad suos hæredes non pertinet, sed ad extraneos dumtaxat. Explicatur enim hic rationes proximæ seu modi, quibus hæreditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur: quorum neutrum in suis hæredibus locum habet, quippe cùm in hos dominium rerum paternarum quod jam ante habebant, morte patris continuetur, dici non possunt aut acquirere hæreditatem, aut jure acquirendi excidere. Sanè postquàm prætor his abstinendi facultatem dedit, desierunt quidem jure honorario esse necessarii; sui tamen hæredes patri esse non desierunt, & ipso momento mortis paternæ hæredes apparere, ut superius demonstravimus, & arguunt nomina, quibus in proposito prætor & prudentes utuntur. Sui enim non dicuntur adire, cernere hæreditatem, aut pro hærede gerere, hæreditatemve repudiare; quæ iis solis conveniunt, quibus res sive hæreditas tantùm oblata est: sed hæreditatem retinere, immiscere se, aut abstinere, derelinquere; quæ non dicuntur nisi de rebus partis & jam nostris, *l.* 14. §. *plerique.* 8. *de relig. l.* 7. *de jur. del. l.* 12. §. *ult. de bon. libert. l.* 11. *l. necessarias.* 57. *l. si servum.* 71. §. *si quis. l. eum bonis.* 87. *de acq. hær. & passim eod. tit.* Nam cùm hæc, quod raro fit, nostri confundunt, ut in *l. ult. de success. dict. l.* 4. §. 1. *de fideic. lib. l.* 21. §. *ult. de jur. patron. in fin. l.* 1. §. 10. *ad Tertul. l.* 6. *C. de legit. hær.* minus accuratè loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hæreditas, hic proponuntur quàm duo, aditio, & pro hærede gestio sive geritio: sic enim appellatur à Jurisconsulto in *d. l.* 14. §. *plerique.* 8. *de relig.* Utrum autem hi modi, ut nominibus, ita & re ipsa inter se distincti sint, necne: item an non plures sint, quàm hi duo, videbimus in exegesi textus.

Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate.) Omnis hæreditas, sive testamento delata, sive ab intestato, hæredi extraneo acquiritur sola voluntate & animo, ut quisque hanc voluntatem de suscipienda hæreditate declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re aliqua, & facto: quorum prius qui facit, adire, qui posterius, pro hærede gerere in usu juris dicitur. Unde duo genera acquirendæ hæreditatis, aditio & pro hærede gestio, *l. si quis mihi.* 25. §. *sed quid.* 7. *l. quamdiu.* 69. *de acq. hær. d. l.* 14. §. 8. *de relig. l.* 19. *C. de jur. del.* Quibus in locis observare licet, genera hæc sic appellationibus distingui, ut neque qui adit dicatur pro hærede gerere; neque qui pro hærede gerit dicatur adire: quemadmodum etiam hoc loco ut diversi apertè distinguuntur, pro hærede gerere, & nuda voluntate hæreditatem suscipere: ut proinde minimè assentiendum sit Wesembecio asserenti, nihil inter hæc duo interesse. Equidem fateor nihil obstare verborum significationem, quominus qui pro hærede gerit dicatur adire: & qui adit pro hærede se gerere: ut hæc etiam postea confundere videtur Justinianus, & Jurisconsultus in *l.* 12. *de interr. in jur.* Sed distinctionis causa usus veterum hæc ita trivit, ut in diverso genere ponerentur, & adire diceretur qui nuda testatione hæredem se profiteretur; pro hærede gerere, qui facto aliquo eamdem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. *l. pro hærede.* 20. *de acq. hær.* cùm ait, pro hærede gerere non tam facti esse, quàm animi. Hoc enim solùm significat, ut quis pro hærede gessisse videatur in eo non tam quid factum sit, quàm quo animo factum sit, spectandum esse, ut locus ipse ostendit. Magis Paulus id negare videri potest, *l. gerit.* 88. *de acq. hær.* ubi definit, eum pro hærede gerere, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hæreditarium. Sed apparet Jurisconsultum verbum attingendi strictus eo loco usurpare, negareque eum attingere, qui retinet domum pignori obligatam, ut hæreditariam,

riam; quem tamen revera attingere constet; eoque tamquam facto aliquo, non nudis verbis, voluntatem declarari. Hoc ita constituto, videamus an non plura sint genera acquirendæ hæreditatis quàm duo illa, de quibus diximus, & quæ sola hìc ab Imperato-
3 re proponuntur. Et plura non esse omnino statuendum est, cavendumque ab iis, qui scribunt hæreditatem acquiri quinque modis, cretione, aditione, pro hærede geritione, immixtione, & agnitione, egregiè studiosis hujus disciplinæ imponentes. Nam primum immixtio tota hinc aliena est: quoniam sui hæredes, quorum propria est, hoc facto nihil novi acquirunt, quod antea non habuerint, sed quæsitum jam ab initio attingentes id se retinere velle declarant, ut supra abunde probatum est. Agnitionem verò statuere modum acquirendæ hæreditatis diversum ab aditione, magnæ inscitiæ est. Quid enim est aliud agnoscere hæreditatem, quàm declarare, se velle hæredem esse? & hoc quid aliud, quàm adire? Quod si tot species acquirendæ hæreditatis facere licet, quot diversis verbis in hac re veteres utuntur, jam non modo quinque, sed vel octo aut plures etiam erunt. Non enim tantùm agnoscere hæreditatem à veteribus dici legimus, sed etiam hæreditatem amplecti, suscipere, admittere, *l. 6. §. 1. quæsitum. 40. in fin. l. cum bonis. 87. de acq. hæred.* Sed plura scilicet hæc
4 verba sunt, res ubique una & eadem. Cretio quoque olim nihil aliud fuit, quàm solemnis quædam aditio; idque ostendit formula cretionis relata apud Ulpian. *tit. 22. §. cretio. 23.* his verbis: *Cùm me Lucius Titius hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoque.* Et Festus, *Crevi*, inquit, *modo significat hæreditatem adii*, in quem locum quod Josephus Scaliger notat, *crevi non propriè significare hæreditatem adii*, errorem esse convincit prædicta formula, & quod Festus dicit, *crevi, hæreditatem adii*, id Ulpianus *d. t. §. 21. & §. 16.* sic exprimit, *cernendo fit hæres.* Varro *lib. 5. de ling. Lat. Cernito in testamento, id est, facito videant te esse hæredem.* vid. Pet. Fab. *2. semestr. 22.* Hìc autem consulto mentio cretionis omissa, quia sublata solemnitate, quàm olim desiderabat, *l. cretionem. 17. C. de jur. del.* hæreditas etiam cum cretione delata acquiri posse cœpit, aut aditione simplici, id est, quavis aperta testatione voluntatis de suscipienda hæreditate, aut etiam pro hærede geritione: quod olim secutus erat, Ulp. *d. loc.* Atque hoc illud est, quod paulo post Justinianus ait, *Et quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo.* Sed quid laboramus? non tantùm loci omnes, in quibus ex professo de modis acquirendæ hæreditatis agitur, uti *in l. quamdiu. 59. de acq. hær. l. 14. §. plerique. 8. de relig. l. cum in antiquioribus. 19. C. de jur. del.* ostendunt, pluribus quàm duobus distinctis modis hæreditatem non acquiri; sed etiam res ipsa evincit, non posse pluribus modis acquiri. Illud enim palam est, voluntatem suscipiendæ hæreditatis hìc totum facere; tantùm relinqui, ut illa declaretur. Atqui pluribus modis declarari non potest, quàm his duobus, aperta testatione, aut aliquo facto: illud autem veteres aditionem, hoc pro hærede gestionem sive geritionem appellant. De cretionibus antiquitatis amantes plura invenient apud Brisson. *l. 7. de formul.* Rævard. *de auct. prud. c. 8.* Gregor. Tholos. *46. syntagm. 2. n. 6.*

Si rebus hæreditariis tamquam hæres utatur) Diximus, hæreditatem extraneis hæredibus non acquiri, nisi voluntate & destinatione animi: eum autem animum qui aperta testatione declarat, dici adire; qui facto aliquo, dici pro hærede gerere. Adire cùm sit apertæ testatio- 5
nis, nemo dubitare potest, quid hac testatione hæres voluerit. At si quid hæres voluerit, ambigi potest, quo gesserit animo: quoniam facta non loquuntur, & exerceri possunt alio animo, quàm pro hærede gerendi. Potest enim quis attingere res hæreditatis, ut tamen id non faciat quasi hæres, *l. pro hærede 20. in pr. & §. 1. de acq. hær.* Quibus igitur ex rebus in eo, quod ab hærede geritur, animus pro hærede gerendi deprehenditur? Ex multis sanè. Finge, hæredem quid fecisse, quod citra nomen & jus hæredis facere non potuit, veluti si conditionis implendæ causa quid acceperit ex judicio testatoris, *d. l. pro hærede. 20. §. Papinianus. 4.* aut gessisse aliquid, quod non nisi hæres utiliter & cum effectu gerere potuit, puta servos hæreditarios manumisisse, *l. Julianus. 42. §. 2. eod. tit.* eum qui hæc facit, perspicuum est quasi hæredem facere, eoque & pro hærede gerere videri. Quid si rebus hæreditariis usus sit, ædes inhabitaverit, agros coluerit, aut locaverit, servis cibaria præbuerit, pecora, jumenta paverit, æs alienum solverit, res quasdam hæreditarias distraxerit? Creditur, suo potius nomine, quàm alieno hæc fecisse, & in his omnibus gessisse pro hærede, nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse; sed vel ut custodiat, aut quia sua putavit, aut quia quid fecit, dum deliberaret, ut res salvæ essent: ideoque in hujusmodi factis consultum est, initio hæredem testari, se quod hactenus est, non facturum ut hæres esse velit, *d. l. pro hærede. §. 1. l. 1. C.* de

de repud. hær. l. 2. *C. de jur. del.* Planè si defunctum funeravit, ex eo solo non videbitur pro hærede gessisse : quia id officiosum humanitatis jure cuivis præstari potest. Majoris tamen cautionis est, si hic quoque protestetur, *l.* 14. §. *plerique.* 8. *de relig.*

Et quoquo modo voluntatem declaret, vel re, vel verbo) Aut pro oratione disjunctiva hæc accipienda sunt, in qua repeti intelligatur quod prius dictum est, hæreditatem acquiri vel pro hærede gerendo, quod nunc dicatur re voluntatem declarando : vel nuda voluntate, quod nunc dicatur verbo voluntatem declarando : aut fatendum est quod supra dixi, Justinianum verbum pro hærede gerere hìc latius accipere, quàm in pr. §. eoque comprehendere utrumque acquirendi modum, tam verbis, quàm re. Utcumque sit voluntas amplectendæ hæreditatis aut facto aliquo, aut aperte verbis declaranda est : siquidem, ut vulgo dicitur, propositum in mente retentum nihil
6 operatur. Ideoque quod Accursius in *l.* 2. *de interr. in jur.* ait, hæreditatis aditionem consistere in occulta voluntate, non sic accipiendum est, eum, qui nudè destinaverit & apud se constituit hæreditatem adire, hac destinatione hæreditati obligari : sed ita neminem obligari ut hæredem, nisi qui ea mente quid gessisse aut protulisse probetur, ut hæres fieret. Id autem in occulto positum esse, ac proinde probatu difficillimum. Neque verò etiam Porcio & Angelo assentior, qui existimant, nuda animi destinatione hæredem aliquem fieri & obligari in foro conscientiæ, quo etiam inclinare videtur D. Bachovius : nam, ut rectè Bartolus in *l. gerit.* 88. *de acq. hær.* nemo velle videri debet, quod non aliquo modo declaraverit; & prudentissimus simul ac doctissimus Viglius hic, *Variæ*, inquit, *sunt humanæ mentis inclinationes, ut nunc ad adeundum, nunc ad repudiandum propendeant : & tunc demum velle aliquid videmur, cùm animum nostrum exteriore aliquo signo confirmavimus. Alioqui quid est humanis cogitationibus vel inconstantius vel mutabilius? Nec Deum*, inquit, *velle arbitror, ut hujusmodi indiscreta voluntate illaqueemur.* Illud in transitu moneo, purè hæreditatem adeundam esse, non sub conditione : nam si quis, verbi causa, dixerit ; *Si solvendo hæreditas est, eam adeo*, nulla aditio est, *l. eum qui.* 51. §. *ult. de acq. hær.* quo jure etiam hodie utimur.

Dummodo sciat, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse) Duo requirit Imp. ut quis
7 adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat: unum est, ut sciat, defunctum aut testatum aut intestatum decessisse. Et prius igitur est, ut certus sit, tum decessisse : neque enim viventis ulla est hæreditas, *l. qui hæreditatem.* 19. *l. neminem.* 27. *l. hæres.* 32. *l. qui superstitis.* 94. *de acq. hær.* Ponamus ergo, agnatum proximum, cùm ignoraret, se hæredem scriptum, hæreditatem tanquam lege sibi delatam esse, prove domino bona administrasse, hæres non erit : nam ut pro hærede gerendo se quis obstringat hæreditati, scire debet, qua ex causa hæreditas ad eum pertineat, auctore Paulo *l. si is.* 22. *eod.* Alterum est, ut sciat, se hæredem esse, id est, hæreditatem aut testamento aut ab intestato sibi delatam : & proinde etiam certus esse debet de conditione testatoris, paterf. aut filiusfam. sit, & generaliter, testamenti factionem habuerit, necne *l. hæres.* 32. §. *ult. eod.* Ad hæc etsi sciat, se hæredem institutum, sed utrum purè, an sub conditione, ignoret, non poterit adire hæreditatem, *d. l. hæres.* 32. §. 1.

Veteres hæredes pro dominis appellabant) Sic etiam Festus, *Hæres*, inquit, *apud antiquos pro domino ponebatur*, quod & Plauti confirmat auctoritas, apud quem Menæchmus peregrinus de palla sic loquitur, *Menæch. act.* 3. *sc.* 1. *v.* 11.

Prandi, potavi, scortum accubui, abstuli
Hanc, cujus hæres numquam erit post hunc diem.

Atque hinc est, quod pro hærede gerere & pro domino gerere, hæreditas & dominium à nostris promiscuè usurpetur, *l. si is.* 22. *de acq. hær. l.* 2. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* Quæ res eos juvare videtur, qui hæredem à 8
verbo *herus* dictum existimant; licet ratio prioris syllabæ repugnare videatur, quæ in *herus* corripitur, in *heres* producta est : quam ob causam Viglius & Hotomannus potius ab *hæreo* deduci putant, ut *hæres* dicatur, quasi *hærens*, eo quod proximus defuncto in bonorum dominio hæreat. Sed hìc obstat, quod *herus* & *hæreditas* sine diphthongo scribi in M. Tullii libris annotavit P. Victor, & in Pandectis Florentinis Cujacius. Atque ideo Hotomannum existimo maluisse derivare hanc vocem ab *hæra*, quod terram significat, unde fit *hæredium*, Varroni agellus, qui hæredem sequebatur. Cæterum non sunt hæc magni momenti : nec quantitas syllabæ semper in derivatis retinetur, quod vel pueri in scholis sciunt, & docet Gellius *lib.* 12. *c.* 3. quamquam ille exemplis ad id demonstrandum parum aptis utitur.

Contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur) Eadem autem omnia in repudiante 9
requiruntur, quæ in hæreditatem admittente; ut voluntatem declaret aut apertè verbis, puta

ut

ut dicat, se hæredem esse nolle; scriptove aut nutu id testetur, *l. recusari 95. de acq.hær.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur: cujusmodi est, si hæres institutus idemque legitimus de testamentaria hæreditate nihil apertè statuens legitimam aut adierit aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem momento testamentariam repudiasse, *l. ne is qui. 17. §. 1. l. illud 77. eod. tit.* Item si præteritus aut exhæredatus ab hærede instituto, cùm sciret eum hæredem esse, emit aliquid, aut prædia conduxit, vel ei solvit quod testatori debeat. His enim factis & judicium defuncti agnoscere intelligitur, & jus suum repudiare, *l. si ponat. 23. §. 1. de inoff. test.* Scire item debet qui repudiat, vivat is, de cujus hæreditate agitur, nec ne; testatus an intestatus decesserit; hæres necne ei sit; purè an sub conditione sit hæres institutus. Postremo de sua quoque & defuncti conditione certus esse debet: alioqui uti adeundo ita repudiando nihil agitur, *l. 13. l. 15. & 4. ll. seqq. l. hæres. 32. l. qui superstitis. 94. de acq. hær.*

Qui surdus vel mutus natus vel postea factus)
10 Mutus, necnon surdus, etiam ita nati, pro hæred. gerere & obligari hæreditati possunt, *l. 5. l. pater. 93. in fin. d. tit.* Disertè autem dicitur, pro hærede gerere; quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad surdos, qui natura tales sunt, quos loqui non posse constat. Enim verò si quis casu aliquo surdus factus sit, quin, ut loquendo, ita & verbis voluntatem declarando, hæres fieri possit, non est ambigendum. Sed & qui mutus non natus, sed factus est, licet verbis voluntatem declarare non possit, poterit tamen vel scripto, vel alio indicio eam significare, *arg. l. recusari. 95. eod.* Quod si hæreditas delata sit ei, cujus nulla voluntas est, qualis est furiosus, curatori tradetur hæreditas administranda ea lege, ut si furiosus postea ad se redierit, ipse de ea suscipienda aut omittenda statuat: & omissa ad eos revertetur, ad quos remoto furioso perventura fuisset, uti etiam si in furore decesserit, *l. ult. §. 3. & seqq. C. de cur. fur.* Quid si impubes sit, cui delata hæreditas? Quod hujus judicio deest, supplebit tutoris auctoritas, *l. pupillum. 49. de acq. hær. l. 9. §. 3. de auct. tut. l. 5. C. de jur. del.* In infante novum jus à Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hæreditatem adire possit, *l. si infanti. 18. C. d. tit.* Quod si impubes in potestate sit, hic auctore patre rectè adibit, *l. 8. §. ult. de acq. hær.* neque obstat quod impubes, qui in potestate parentis est, ne auctore quidem patre obligatur, *§. pupillus. 9. in fin. inst. de inut. stip. l. ult. §. 2. de verb. oblig.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater, cui hæreditatem acquirit. Cæterum in adventitia hæreditate dicendum est, ab illa regula recessum esse juniorum Principum constitutionibus, *d. l. si infanti. 18. §. ult. C. de jur. del. l. ult. §. ubi autem 6. C. de bon. quæ lib.* Don. *ad d. l. ult. §. 2. n. 7. de verb. oblig.*

11 (right margin, beside "Quod si hæreditas delata sit ei, cujus nulla vo-")

TITULUS VIGESIMUS.

DE LEGATIS.

Dig. Lib. 30. 31. 32. C. Lib. 6. 37.

Ratio ordinis cum summa eorum, quæ hic explicatur.

Cognita ratione deferendæ hæreditatis ex testamento, recta procedendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hæreditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum, donec omnes per universitatem acquisitiones percursæ forent. Eo enim nos ipse rerum ordo & dispositio partium deinceps tractandarum, facta *§. ult. super quas pers. cuiq. acq.* quasi manu ducit. Sed Imp. hìc aliquantum à cœpto deflectit propter legata & fideicommissa; neque absque ratione. Nam cùm legata & fideicommissa non minus testamento relinquantur, quàm hæreditas, & vix ullum testamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommisso honoretur: hæc causæ communio, simul quod legata sunt partes, hoc est, accessiones & appendices testamenti, exigit, ut hoc loco maximè de his disputetur, atque ob hanc etiam causam in hunc locum collatum est, *d. §. ult.* cùm alioqui legata & fideicommissa sint modi, in quibus non universitas, sed res singulæ acquiruntur. Hoc titulo disputatur de legatis; atque ordine hæc docentur, quid sit legatum, quotuplex olim fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium,

nium; quibus rebus olim legata distabant à fideicommissis, & quæ postea secuta exæquatio; quæ res dari, legari possint, vel non possint, quibus rectè legetur aut contra; postremo quædam, quæ ad veterem formam legandi pertinebant, mutantur.

TEXTUS.

Continuatio.

Post hæc videamus de legatis, quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: sed cùm omnino de testamentis, & de hæredibus, qui in testamento instituuntur, loquuti simus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

COMMENTARIUS.

DE *iis figuris, quibus per universitatem*) *Figuris*, id est, *causis, modis, rationibus*. Docemus, quibus modis res universæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res singulæ; quorum idcirco tractatio hinc aliena videatur. Repetenda verò est memoria ejus, quod notavimus in expositione, *§. ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* in hac distinctione acquisitionum non solus objecti rationem haberi, verùm etiam ipsorum modorum & causarum acquirendi: legatum esse modum & titulum acquirendi singularem, hoc est comparatum ad acquirendum res singulas, non universas: & ideo licet universitas, pars bonorum aut hæreditatis alicui legata sit, quod fieri posse constat, *l. si quis. 23. l. non amplius. 26. §. 2. de legat. 1. l. cum pater. 39. de vulg. & pup.* Ulp. *tit. de legat. §. sicut. 23.* tamen hunc legatarium non fieri juris successorem, *d. l. non amplius. 26. §. 2.* proinde nec ullas actiones hæreditarias aut activè aut passivè in eum transire: ob quam causam olim factum, ut stipulationes partis & pro parte inter hujusmodi legatarium & hæredem interponentur, *§. sed quia. 5. inf. de fid. hær.* Quod autem parte hæreditatis legata non deducuntur impensæ, puta pretia servorum manumissorum, aut sumptus funeris, *l. 8. §. ult. de legat. 2.* hoc non tribuit legatario successionem juris; sed tantùm dicitur ad differentiam ejus, quod observatur, cùm pars bonorum, quæ tempore mortis fuit, legatur, quo casu impensas deduci placet, *l. 9. d. tit.* Sic cùm in specie *l. cum filius. 76. §. 1. d. tit. de legat. 2.* Lucio Sempronio legata proponitur hæreditas Publii Mævii, eam Sempronius non suscipit ut hæreditatem, sed ut bona, quæ à Mævio ad testatorem pervenerunt.

TEXTUS.

Definitio.

1. *Legatum itaque est donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda.*

NOTÆ.

1. *Donatio quædam*) *Quædam* συγκατηγόρημα generi additum, quia legatum propriè donatio non est; in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, *v. sup. de don.* Florent. *delibatio hæreditatis, l. 116. de legat. 1.* μείωσις κληρονομίας, Basil. 44. *tit. 1. c. 1.*

A defuncto relicta) Modest. *l.* 36. *de leg. 2. testamento relicta.* Sed Tribonianus videtur verbo generaliore usus, serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideic. *l. 2. C. comm. de legat.*

Ab hærede præstanda) Desunt hæc apud Modestin. nec Theoph. Cujac. Hot. agnoscunt, neque ad definitionem sunt necessaria. Sæpe tamen nostri definitionibus aliquid adjiciunt, plenioris explicationis gratia.

COMMENTARIUS.

1 *Legatum unde dictum.*
2 *Cur particula* quædam *donationi in definitione adjecta?*
3 *Consulto pro* testamento relicta, *ut est in definitione Modestini, hic positum pro* à defuncto relicta.
4 *Verba ab* hærede præstanda, *non videri otiosa, ut quidam censent.*

LEgatum inquit Ulpianus *in fragm. hoc tit.* est quod *legis modo*, id est, *imperativè* testamento relinquitur; quæ notatio quædam est & ratio nominis; cæterum quia hoc longiusculè petitum videtur, aliis potius legere dictum putant à *legendo*, quatenus hoc verbum diligere & decerpere significat, quod & Florentium existimasse credibili est, ac proinde legatum definivisse *delibationem hæreditatis, l. legatum 116. in pr. de leg. 1.* Nam delibare decerpere est. Cic. *in orat. pro Sext. cap. 56. omnes undique flosculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur. Virg. *Eclog. 3. vers. 92.*

Qui

Qui legitis flores & humi nascentia fraga. Nec dissimili admodum ratione Varro *lib. 4. de ling. Lat.* legatos à *legendo* appellatos tradit, quia scilicet *publicè lecti sint, ut mittantur.* Cæterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini significationis verbi *legare*, in qua usurpantur in illo legis duodecim tabularum, *uti quisque legassit*, &c. ubi hoc verbo *legassit* continentur etiam hæredum institutiones, denique quicquid verbis directis paterfam. in testamento caverit, confirmatur, *l. verbis legis* 120. *de verb. sign.* VINN. Immo etymologia Ulpiani nihil est verius. Legare enim prima producta non significat delibare, vel decerpere, sed mandare, jubere, legem dicere. Unde & legare dicitur paterfamilias etiam quando hæredem ex asse instituit. Placuit verò hoc vocabulum veteribus, quia, ut supra monuimus, testamenta legis modo condebantur in comitiis calatis. Quare nec legata aliter relinqui poterant, quam verbis directis & ut ita dicamus, legislatoriis, e. g. *habeto, hæres damnas esto, finito, &c.* Plura eam in rem diximus in *Antiquit. Rom. hoc tit.*

Donatio quædam) Particulam *quædam* Modestinus in sua legati definitione non addidit,
2 *l. legatum* 36. *de legat.* 2. Non est tamen omnino supervacua, ut quidam putant. Quippe legatum propriè donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, nec mortis quidem causa, ut supra demonstravimus sub §. 1. & 2. *de donat.* Legatum autem sola testatoris voluntate constat, atque ita tamen, ut suspendatur, & post mortem testatoris adhuc pendeat ab aditione hæreditatis: quod iterum secus in donationibus etiam iis, quæ mortis causa fiunt, *l. 5. §. qui mortis* 17. *de his quæ ut indign.* Quapropter nec inter genera donationum, ubi de his ex professo agitur, legatum numeratur. Est verò nihilominus peculiaris quædam & quasi proprii generis donatio: proficiscitur enim totum à liberalitate testatoris, estque titulus merè lucrativus: quam ob causam etiam separatur ab hæreditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnosa est, *l. si hæreditatem* 32. *mandat. l. hæreditatis* 119. *de verb. sign.* Additum igitur generi est *συγκατηγόρημα quædam*, ut sciamus, genus hoc non simpliciter, sed quadantenus & ratione analogica speciei definitæ convenire. Neque quicquam hactenus contra legem aut modum definiendi. Vid. Goclen. *de trop. defin. can.* 9. *except.* 1.

A defuncto relicta) Directo scilicet & proximè à defuncto, non per interpositam mediam personam; ut excludatur fideicommissum; quod quidem etiam relinquitur à defuncto, sed *ἐμμέσως* atque ita, ut relictum prius alteri quæratur, atque in hujus persona consistat. Videtur autem Tribonianus pro eo, quod est in 3
definitione Modestini, *testamento relicta*, consulto usus verbo generaliore, *à defuncto relicta*, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideicommissorum, quæ est *l. 2. C. comm. de leg. & fid.* Post hanc enim exæquationem non minus legata, quàm fideicommissa, non testamento tantùm, sed etiam ab intestato relinqui posse cœperunt, aut codicillis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri, quo legata tantùm ex testamento valebant, §. *præterea* 10. *inf. de fid. hær.* Id quod Modestinus indicare voluit, & Florentinus significat, cùm legatum sic describit: ut sit *delibatio hæreditatis*, (*μείωσις κληρονομίας*, Basil. 44. *tit.* 1. *c.* 1.) *qua testator ex eo, quod universum hæredis foret, alicui quid collatum velit*, *l. legatum* 116. *in pr. de legat.* 1. Eadem differentia indicatur ab Ulpiano *in fragm. tit. de fideicom.* §. 5. & 6.

Ab hærede præstanda) Hæc verba non agnoscunt Theoph. Cujac. Hotom. Wesemb. Baro à sciolo aliquo adjecta, ac proinde inducenda putat. Et fatendum sanè est, non esse hæc verba ad definitionem legati necessaria; quippe in qua quæritur, quid legatum sit: non à quo relinquatur, aut præstandum sit; quod pertinet ad executionem. Cæterum causam 4
nullam admodum video, cur cùm extent in vulgatis codicibus, deleri atque ex iis expungi debeant. Sæpe enim nostri latioris explicationis gratia quædam definitionibus adjiciunt, quæ ad essentiam rei definitæ non pertinent; ut videre est in definitione tutelæ *l. 1. de tut.* item furti, *l. 1. §. 3. de furt.* quod & hìc factum videtur. Sed dixeris, vel ideo delenda esse, quia post exæquationem legatorum & fideicommissorum non tantùm ab hærede, sed etiam à legatario legari potest. Ego verò nego, quod ita relictum est propriè legatum esse, licet concedam jure legati censeri: de quo nonnihil iterum infra *de fideic. hær. in pr.* Illa autem leviuscula sunt, ob quæ nonnulli clausulam hanc inducendam putant, primum quia legatum ab ipso testatore nonnumquam præstetur, *l. Lucius* 22. *de legat.* 2. deinde quod quæ legantur, recta dicuntur transire ad legatarium, *l. à Titio* 64. *de furt.* Nam ad primum quod attinet, constat, legatum omne sic relinqui, ut præstetur post mortem testatoris, & proinde ab hærede. Quod si testator antevertat, & ipse præstet, dum vivit, mutatur voluntate testa-

statoris, quod legatum erat, in donationem inter vivos, per *l. hujusmodi* 84. §. *si Titio* 11. *de legat.* 1. Quod verò legatum rectà à defuncto transire dicitur in legatarium, id tantummodo pertinet ad rei legatæ dominium: nam possessio nihilominus ab hærede petenda & præstanda est. Neque enim potest quisquam sibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare potest: alioqui hæredi potestas est id revocandi interdicto quod legatorum, *l.* 1. §. 2. *quod legat.* de quo vid. Clar. §. *testamentum, quæst.* 68. Peck. 1. *de testam. conjug.* 48. Christin. *vol.* 4. *dec.* 36. Sed & translatio illa dominii ficta potius est, quàm vera, & ideo introducta maximè, ut legatarius post diem legati cedentem decedens ad hæredem legatum transmittat, *l.* 3. *l.* 5. *quand. dies leg.* Porro notanda obiter triplex legati significatio. Nam & actum ipsum legandi denotat, ut hìc & in definitionibus Modestini & Florentini; & nonnumquam titulum seu caussam, ut *tit. pro legat.* Frequentissimè autem designat rem ipsam legatam.

TEXTUS.

De antiquis generibus legatorum sublatis.

2. *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem: & certa quadam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus una sit natura: & quibuscumque verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi, non solùm per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissimè accipere possibile est.*

NOTÆ.

2. *Certa quadam verba*) Vid. Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *tit.* 1. Notæ juris, D. D. E. *Dare damnas esto.* Per præceptionem solummodo legatur uni ex hæredibus. Cajus *d. lib. & tit.* §. *ult.* Th. hìc. Formula: *Lucius Titius mihi ex parte hæres rem illam præcipito.* Hæc capiendi figura præceptio dicitur, prælegatum, & præcipuum, Græc. ἐξαιρέτν δόσις.

COMMENTARIUS.

1 *Pro formularum diversitate olim quatuor genera legatorum fuisse, non solùm nominibus distincta, sed etiam natura & jure.*

2 *Primum Justinianum effecisse, ut omnium eadem vis esset, salva tamen manifesta voluntate defuncti.*

3 *Explicatur vetus differentia circa potestatem agendi inter legatum vindicationis & damnationis, sublata constitutione Justiniani.*

4 *Hypothecariam beneficio Justiniani accepto ferendam: qua de re, adversus quos ea competat; aliaque nonnulla eodem pertinentia.*

PEr *vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem*) His nominibus 1 sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt à verborum formulis cujusque generis propriis, aut earum una aliqua. Per vindicationem his verbis legebatur, *Do, lego, capito, sumito; tibi habeto, vindicato.* Per damnationem ita, *Hæres meus damnas esto dare, dato, facito, hæredem meum dare jubeo.* Sinendi modo sic, *Hæres meus damnas esto sinere L. Titium sumere illam rem sibique habere.* Per præceptionem uni ex hæredibus legabatur hac formula, *L. Titius mihi ex parte hæres illam rem præcipito, aut præcipuam habeto.* In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba testatoris ad legatarium diriguntur: in legato damnationis ad hæredem: in sinendi modo formula mixta videtur. Non tantùm autem hæc genera verborum formulis, sed natura quoque & jure distincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari solùm poterat res testatoris propria; sinendi modo etiam hæredis, per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato, aut duabus rebus disjunctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuisse in relicto sinendi modo: quia in hoc quoque genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc casu electio erat hæredis. Quod per vindicationem relictum erat, petebatur actione in rem: quamquam eo nomine & in personam ex testamento agi poterat, quod per damnationé, id actione in personam ex testamento persequendum erat. Nomine quoque ejus quod sinendi modo relictum erat, non aliam actionem quàm ex testamento competiisse, post Theoph. Bachovius scribit: Cajus etiam vindicari potuisse, *lib.* 2. *hoc tit.* §. *pen* quod ego locum habuisse puto, cùm res testatoris propria hoc genere legati relicta esset. Quod per præceptionem

nem cohæredi datum erat, eo nomine familiæ erciscundæ agebatur in cohæredes. Hæc fere, & quædam alia hujusmodi reperiuntur apud Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *t.* 5. Paul. 3. *sent.* 3. Theophil. *hic.* Si cui vacat, etiam per me licet, adeat Ant. Fab. 6. *conject.* 1. cautè tamen. Vinn. Rectè Cajum interpretatur Vinnius. Si enim res propria hæredis vel testatoris alicui sinendi modo fuerat relictum, & legatarius eam vindicabat; tunc hæres non contra vindicare, nec dicere poterat: *Et ego ajo illam rem meam esse*: quia jussus erat sinere, ut legatarius rem sibi haberet. Præclarè hoc observavit V. C. Schulting. *ad Cajum lib.* 11. *tit.* 6. §. 6. *p.* 120. Cæterum septemdecim horum legatorum differentias ex jure antiquo eruditè erutas habuit Merill. *Obs. lib.* 6. *cap.* 32. *p.* 175. Hein.

Constitutionibus DD. Principum verborum solemnitas sublata) Significatur *l. in legatis* 21. *C. hoc tit.* qua una quidem constitutio est, sed trium Impp. Constantini, Constantii & Constantis, quos si singulos spectes, totidem dici possunt Imperatorum constitutiones. Hi iidem Impp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus hæredum, & in amplectenda bonorum possessione, *l. quoniam* 15. *C. de testam. l. ult. C. qui admitt. ad bon. poss.*

Nostra autem constitutio) Est *l.* 1. *C. comm. de legat.* Sublata in legatis verborum solemnitate, etsi licebat aliis verbis, idem quod typica significantibus, in unoquoque genere uti; nec latino tantùm, sed etiam Græco, aut Gallico, aut cujuscumque alterius generis sermone legatum relinquere, quod antea non licuisse pacta formularum verba arguunt, & testatur Ulp. *tit.* 25. §. 7. manebat tamen adhuc vetus naturæ & effectorum in singulis generibus diversitas: verbi causa, nihilo magis res aliena per verba vindicationis legari poterat quàm ante: aut legatum per damnationem relictum in rem actione peti. Hanc generum differentiam primus sustulit Justinianus, omniumque legatorum unam voluit esse naturam, hoc est, unam omnium vim atque effectum, *d. l.* 1. *C. comm. de leg.* Quod si qua adhuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurrent, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad constitutionem Justiniani accommodare studuit, verba quidem hæc, *per vindicationem*, aut *per damationem*, ubique sustulit: rem autem ipsam & effectum reliquit. Vinn. Id negari vix potest. Nam sic e. g. in legato per vindicationem portio deficiens conjuncto accrescere dicitur, *l.* 16. §. *ult.* & *l.* 34. *ff. de legat.* 1. *l.* 31. §. 1. *ff. de statu lib.* Contra in legato per damnationem illa deficiens portio non accrescit conjuncto, *l.* 16. *pr. ff. de legat.* 1. *l.* 16. *de legat.* 2. Non itaque dicendum cum Cujacio *in Paratitl. C. ad l. un. de cad. tollend. sub fin.* hanc differentiam non esse sublatam, sed Pandectarum compositores festinantius agentes vestigia omnia juris antiqui, quod Justinianus immutavit, non delevisse. Vid. Merill. *Variant. Cujac. lib.* 11. *cap.* 10. *p.* 241. Hein.

Non verbis, sed voluntatibus) Ætimologia hujus exæquationis: quæ talis tamen est, ut quivis facile intelligat, Imperatorem noluisse quicquam statuere, aut exæquationem istam valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem si testator, verbi causa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud disjunctim, verbis executivis ad hæredem directis, non dubitarem respondere, in hujusmodi legato electionem tribuendam esse hæredi, cum DD. comm. & Zas. *in l. legat.* 37. *n.* 22. *de legat.* 1.

Non solùm per actiones personales) In *d. l.* 1. *C. comm. de legat.* Utitur numero singulari. Intelligit autem actionem, quæ veteribus dicitur actio ex testamento, *l. servo* 69. §. *ult. l. non quocumque* 82. *in pr. l. quæsitum* 91. §. *ult. de legat.* 1. *l. qui concubinam* 29. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 6. *de in lit. jur.* §. *si res aliena* 6. *inf. eod.* Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatum datum est, is de eo præstando obligatum habet hæredem, à quo relictum est. Obligatio est quasi ex contractu: quippe cùm hæres adit aut agnoscit hæreditatem, intelligitur eam agnoscere cum sua conditione atque onere; scilicet ut præstet, quod testator injunxit; atque hoc facto quodammodo cum legatariis contrahere videtur, §. *hæres* 5. *inf. de obl. quæ quas. ex contr.* Ex quo apparet, tertium possessorem hac actione convenire non posse, hæredem posse, etsi non possideat, per *actionem*, 25. *de obl.* & *act.*

Sed etiam per in rem) Etiam olim legati obtinendi causa actio in rem prodita legatariis 3
fuit, sed non omni legato; ut ecce, de eo, quod per vindicationem legatum erat, præter actionem in personam competebat etiam in rem seu rei vindicatio: de re per formulam damnandi legata una erat actio in personam, in rem non erat: quæ juris diversitas ex alio diverso inter hæc jure nascebatur; ex eo nimirum, quod rei per vindicationem legatæ dominium recta à testatore in legatarium transibat, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. à Titio* 64.

de

de furt. Quod autem per damnationem relinquebatur, ejus rei dominium transsibat ad hæredem, & in hoc tale legatum simile erat fideicommisso, quod ipsa formula evidenter ostendit, & quod etiam res aliena per hanc formulam rectè legabatur. Jam verò certum est, actionem in rem omni domino competere, & soli, *l. in rem* 23. *in pr. de rei vind.* fierique consequens ut in qua specie ad obligationem hæredis accedit dominium legatarii, ibi legatario non tantùm personalis, sed etiam in rem actio detur;-ubi autem sola hæredis obligatio locum actioni facit, ibi non alia quam in personam actio competere possit. Ex constitutione verò Justiniani etiam pro legato damnationis consequendo actio in rem legatario datur: quippe jure legatorum omnium exæquato, tam ex legato damnationis, quàm vindicationis dominium rei legatæ recta ad legatarium transit. Illud forte aliquem turbabit, quod eidem ejusdem rei nomiue duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum altera intendat sibi dari oportere, altera se dominum esse intendat, contra §. *sic itaque* 14. *inf. de act.* Respondent nonnulli, speciale hoc esse in legatario, propterea quod tantùm jure civili dominus factus sit, non etiam jure gentium, quod non placet. Nihil enim refert, quo jure dominium agenti quæsitum sit, *d. l. in rem* 23. *de rei vind.* & in promptu alia responsio est, descendere nimirum hasce actiones ex diversis causis; in personam ex obligatione hæredis;in rem ex jure dominii, quod statim à morte testatoris in legatarium transfertur; quamobrem agentem legatarium actione personali ex testamento, petentemque ut res sibi detur, non considerari ut dominum, sed tantùm ut creditorem, qui hæredem quasi ex contractu sibi obligatum habet. Rursus agentem in rem non considerari ut creditorem, sed ut dominum rem suam ab hærede, non ut obligato, sed ut possessore vindicantem: nam & contra alios possessores sic in rem ageret. Concursus autem duarum harum actionum non cumulativus est, sed electivus, hoc est, non ita simul competunt, ut liceat experiri utraque, sed ut una, utra legatarius velit: una autem electa, altera consumitur, *l. cum filius* 76. §. *variis* 8. *de legat.* 2. *l. hujusmodi* 84. §. *ult. l. si servus* 108. §. 2. *de legat.* 1. Porro ut legati nomine etiam in rem actioni locus sit, ponendi sunt termini habiles: primum, ut legata sit certa species aut corpus; neque enim quantitate, aut nomine legato, vindicatio locum habere potest: deinde ut res, quæ legata est, propria testatoris fuerit: nam quod testatoris non est, id ab eo non potest recta transire ad legatarium, *l. nemo plus juris* 54. *de reg. juris.*

Et per hypothecariam) Priores duæ actiones, etiam vereribus, secundum ea quæ diximus, in usu fuerunt. Hypothecaria, de qua hoc loco, tota beneficio Justiniani accepto ferenda est. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarios causam pignoris habere, *l.* 4. §. 1. *de separ.* id, ut locus ipse indicat, junct. *l.* 1. §. *sciendum* 3. *eod. tit.* accipiendum est de specie pignoris prætorii, quod jure separationis creditores hæreditarii in bonis defuncti habent, & post hos in eo quod superest legatarii, qui separationem impetraverunt. Agi potest hac actione hypothecaria in quascumque res à defuncto relictas, adversus quosvis earum rerum possessores. Ajo, à defuncto relictas; siquidem non res hæredis propriæ, sed hæreditariæ ex hac causa pignoris sunt legatariis ex constitutione Justiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris, quæ legata sit: quippe quæ statim fit legatarii; rei autem nostræ pignus non consistit, *l. neque pignus* 45. *de reg. jur.* Actionem hypothecariam cum personali cumulari posse, receptum est, Myns. 1. *observ.* 58. Charond. 4. *respons.* 52. cum vindicatione autem adversus eundem cumulari non posse tradit Bald. *in auth. contra*, *n.* 11. *C. ad sen. Treb.* sed Cyn. in *d. l.* 1. *n.* 10. *C. comm. de legat.* etiam harum cumulationem admittit: quem sequitur Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 13. *thes.* 7. Utut sit, certi juris est, actiones, quæ se invicem non consumunt, succesivè intentari posse, nimirum ut etiam post sententiam in una latam altera in jüdicium deducatur: ratio autem non patitur, ut per hypothecariam aut actio in personam consumatur, aut rei vindicatio: ut proinde simpliciter verum esse non posit, quod nonnulli simpliciter tradunt, tres hasce actiones electivè concurrere, non cumulativè: sed nec pignus liberari debitore ad solvendum condemnato responsum est, *l. quamvis* 8. *C. de pign.* Illud pene supervacuum monere, actionibus hisce locum non esse, nisi adita ex testamento hæreditate. Nam si hæreditas adita non fuerit, nihil eorum,quæ testamento scripta sunt, valet, *l. si nemo.* 9. *de test. tut. l. eam.* 14. *C. de fideicom.* nisi forte testator voluerit scripturam testamenti etiam pro codicillis valere, sive quod testamento relinquitur etiam ab hæredibus legitimis præstari, *l. ex ea scriptura.* 29. §. 1. *qui test. fac. l. ex testamento.* 29. *de fideic. l. ult.* §. 1. *C. de codicill.* de quo plura Jas. *d. l.* 14. & post eum Sichar. *n.* 6. 7. &

& 9. Don. *num.* 9. & *seqq.* Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam, quam Justinianus pro legatis aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures hæredes ipso jure divisam esse, *d. l.* 2. *in fin. C. comm. de legat.* quod speciale est, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ alias semper individua est, *l. rem hæreditariam.* 65. *de evict.* introductum. Ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expresso, quod testator legati aut fideicommissi nomine constituit, *l. non est mirum.* 26. *de pign. act.* cùm in dubio credendum sit, testatorem se conformare voluisse ad jus commune, *l. ult. C. de verb. sign.* Atque hinc intelligimus, etiam post hanc constitutionem Justiniani adhuc utiliter pignus testamento constitui, add. Christin. *vol.* 4. *decis.*47.*n.* 3. & 4. Donellus tamen nihil in hoc putat esse singulare, *in d. l.* 1. *num.* 12. Vinn. Atqui de cumulatione actionum frustra quæritur, si ex principiis juris Romani decidenda sit quæstio. Nam id jus cumulationem ignorare, & ad ea planè abhorrere videtur, *l.* 6. *ff. de except. rer. jud.* Nec contrarium liquet ex *l.* 1. §. 4. *de edendo.* & *l.* 12. §. 1. *ff. de adqu. vel amitt. poss.* quarum altera ad primam editionem, altera ad mutationem actionis pertinet. Poterat itaque actor duas edere actiones, protestatus, ex altera se velle consequi, quod se contingat: potest & relicta actione petitoria ad possessoriam confugere, sed non duas actiones cumulare. Totum id jus ex jure canonico videtur proficisci, quod praxis sequitur. Cæterum hæc docet, frequenter cumulari actionem personalem ex testamento & hypothecariam, (modo non agatur adversus tertium possessorem, contra quem ex testamento agi nequit,) non autem rei vindicationem & hypothecariam, quum alterutra sufficiat. Hein.

Textus.

Collatio legatorum & fideicommissorum.

3. *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cùm enim antiquitatem invenimus legata quidem strictè concludentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixtim de his exponendo studiosis adolescentibus quamdam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis, & postea de fideicommissis tractare: ut natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.*

Notæ.

3. *Pinguiorem naturam indulgentem*) Vid. Ulp. *d. tit.* 25. Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. Theoph. hìc.

Necessarium esse duximus) *l.* 2. *comm. de legat.*

Nulla sit inter ea differentia) Scil. in ipsa re. Ait enim, se non verbis, sed rebus leges imponere, *d. l.* 2. Itaque essentialis differentia legati & fideicommissi sublata non est: sed quod verbis directis & imperativis legis modo est relictum, adhuc legatum; & quod precariis, fideicommissum est. Sed neque ea differentia sublata, quam facit manifesta voluntas testatoris: cujus rei exemplum habemus §. *pen. inf. de sing. reb. per fid. rel.*

Commentarius.

1 *Auctorem exæquationis legatorum & fideicommissorum itidem esse Justinianum.*
2 *Cur stricta legatorum natura, & quibus cancellis circumscripta fuerit?*
3 *Cur pinguior ac laxior fideicommissorum, & quibus in rebus?*
4 *Exæquatione hac non esse sublatam utriusque relicti differentiam essentialem.*
5 *Quando amplius fuerit in legato, quàm in fideicommisso?*

Superiore §. didicimus, legata omnia inter se exæquata esse, hìc docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, communicatam ac confusam 1 invicem etiam legatorum omnium & fideicommissorum naturam. Auctor hujus exæquationis itidem Justinianus est, *l.* 2. *C. comm. de legat.* quod hoc loco expressè profitetur. Et verum esse vel ex eo liquet, quod veteres inter legata & fideicommissa differentiæ, quas Ulpianus *in fragm.* & Cajus *lib.* 2. commemorant, certè maxima earum pars usque ad tempora Justiniani permanserunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud, quod apud Ulpianum *l.* 1. *de legat.* 1. legimus, *per omnia exæquata esse legata fideicommissis*, Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando ea traxerit ad constitutionem Justiniani, jam triennio fere ante editionem Pandec-

dectarum evulgatam. Etenim concessu Principis hanc potestatem compilatores Pandectarum habuerunt, ut pro arbitratu suo & adjicere quædam & detrahere scriptis veterum possent, *l. 1. C. de vet. jur. enuel.* Idque in plurimis locis ab iis factum esse animadvertere licet. Vid. Govean. 1. *var. lect.* 29. Duar. 2. *disp.* 9. Don. 8. *comm.* 2. Baron. Hotom. Wesemb. *hic* Covar *in c. Raynaldus*, §. 1. *n.* 3. *x.*" *de testam.* Aliter & diversimodè hoc expediunt Cujac. 8. *obs.* 4. Rævard. 3. *var.* 4. Robert. 2. *sent.* 23. quorum explicationes etsi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi sumus, hanc legatorum & fideicommissorum exæquationem pertinere tantùm ad fideicommissa specialia, quibus scilicet res singulæ relinquuntur; ad universalia sive ad hæreditates fideicommissarias non pertinere. Is enim, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, hæredis loco habetur. De quo uberiùs *infr. de fideic. hær.*

Strictè concludentem) Id est, strictam legatis naturam tribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum angustias, & voluntates testantium juris subtilitati subjicientem. Quippe in legatis, utpote quæ ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibusdam & solemnibus ac præscriptis verbis utendum erat, sicut & in hæredis institutione, nec aliis verbis relicta valebant: quæ verba idcirco legitima & civilia dicebantur, *l. 7. de vulg. & pup. l. ult. C. de testam.* qualia sunt: *do, lego, capito, sumito, habeto, hæres meus damnas esto dare, hæredem meum dare jubeo.* Atque ad hæc verba, quoniam fere imperativa sunt & legislationis propria, respexit Ulp. *in fragm. hoc tit.* legatum definiens, quod legis modo relinquitur. Cæterum prisca illa & præcisa verborum observantia jam ante Justinianum sublata fuit, ut intelleximus *in* §. *præc.* Voluntas quoque testantis cancellis quibusdam in legando circumscripta erat. Siquidem legatum relinqui non poterat nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis, §. *præterea.* 10. *infr. de fideic hær.* Cajus *lib.* 2. *tit.* 7. Præterea legatum relinqui non poterat ante hæredis institutionem, nec post mortem hæredis, nec à legatario aut fideicommissario, sed à solo hærede, §. *ante.* 34. *& seq. infr. eod. & tit. de sing. reb. per fideic. rel. in pr.* Ulp. *hoc tit.* §. *post mortem.* 16. *&* §. *à legatario.* 20. Cajus *dict. tit.* 7. Denique verba legatorum strictè accipiebantur, neque in his, si perspicua erant & minimè ambigua, facile admittebantur conjecturæ, aut questio voluntatis, *l. ille.* 25. §. 1. *de legat.* 3.

Ex voluntate magis descendunt) Quàm ex lege aut certo jure. Quod significat Ulpianus *in fragm. tit. de fideic.* cum ait, *fideicommissum non ex rigore juris civilis proficisci, sed ex voluntate dari relinquentis.* Proinde in fideicommissis parum referebat, quibus verbis relicta essent, modo certa esset testatoris voluntas, *l. cum virum.* 16. *C. de fideic.* adeo ut fideicommissum non minus Græco, quàm Latino sermone rectè relinqueretur, *l. 11. in pr. de legat.* 3. Ulp. *d. tit.* §. *item Græce.* 9. Hoc amplius etiam nutu fideicommissa posse relinqui placebat, *l. nutu.* 21. *d. tit.* Denique in interpretatione verborum fideicommissi, etsi ea minimè obscura essent, magis tamen voluntas, quàm verba, spectabatur, & conjecturis nihilominus erat locus, *d. l. 16. C. de fideic. l. quisquis.* 95. *de legat.* 3.

Pinguiorem naturam indulgentem) Non ea adstringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coercentem intra rigorem juris civilis, laxiorem longè & benigniorem interpretationem in fideicommissis, quàm in legatis admittentem. Unde nihil eorum quæ legatum vitiasse diximus, oberat fideicommisso. Poterat & ab intestato relinqui, & codicillis testamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante hæredis institutionem & post mortem hæredis. Poterat & à legatario & à fideicommissario, ut supra allegata simul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommissa differentiæ, quarum Ulp. *tit.* 25. & Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. meminerunt. Nobis hic omnes referri curæ non fuit. VINN. In his præcipua videtur, quod quibus legari non poterat, iis fideicommitti posset. §. 1. *Inst. de fideic. hæred.* Hinc deportatis, orbis, in cælibatu viventibus legari non poterat, quum posset fideicommissum relinqui, immo & Latinis, quum hi legatum non caperent, nisi intra centum dies jura Quiritium impetrarent. Ulp. *tit.* 17. §. 1. *& tit.* 25. §. 7. Unde omnino apud Ulp. *tit.* 25. §. 6. legendum videtur: *Fideicommissa dari possunt his, quibus legari non potest.* Hoc jus enim ante Ulpianum mutatum esse, nondum constat. HEIN.

Ut nulla sit inter ea differentia) Hoc est, ut una sit eorum natura, ut jam non amplius sicut olim diversa eorum vis sit ac potestas. Hoc enim exæquare est, alterius vim ac naturam alteri communicare; quemadmodum hoc Imperator ipse mox explicare *& in d. l. 2. C. comm. de leg.* Itaque nunc legata æquè ac fideicommissa & ab intestato, & nutu, & a legatario, &c. relinqui poterunt, a fideicommissa, & voluntas legantis servabitur. Quod ideo

mo-

monendum putavi, ne quis putet hac exæquatione essentialem harum rerum differentiam sublatam esse, & quod verbis directis ac imperativis relictum est, etiam fideicommissum factum; & contra quod precariis, legatum: quod esset absurdum. Nam voluntas testatoris legatum aut fideicommissum facit & discernit Ac proinde etiam adhuc fieri potest, ut aliquo casu dissimilem hæc necessario effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti: quam non evertere, sed conservare Justiniano propositum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommisso libertatis, §. *pen. inf. de sing. reb. per fideic. rel.* Quinque alias differentias refert Giphanius, quas existimat post exæquationem nostram adhuc relictas: sed perspicuo errore, nec digno qui confutetur.

Si quid amplius est in legatis) Mutua igitur est hæc exæquatio. In legatis hoc amplius erat, quàm in fideicommissis, quod aliquando, & scilicet legata re testatoris propria, dominium recta in legatarium transibat, ex fideicommisso numquam: item quod pro obtinendo legato comparata erat legatario ordinaria actio ex testamento, aut quo casu dominium translatum erat, etiam rei vindicatio: de fideicommissis una tantùm competebat extraordinaria persecutio. De quo dicendum amplius *inf. tit. de fideic. hær.* §. 1. Cæterum etiam hanc differentiam sustulit Justinianus & fideicommissa vice mutua in his rebus exæquavit legatis, ut jam iisdem quoque actionibus, quibus legata, peti possint, *l. 1. & 2. C. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis, & postea de fid.) Hinc est, quod Justinianus in progressu aliquando ita differit, tamquam inter legata & fideicommissa quædam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum est eum una cum cæteris sublatas voluisse. Veluti *in* §. *præterea.* 10. *infr. de fideic. hær.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere. Et *in pr. t. de sing. reb. per fid. rel.* sic loquitur, quasi à legatario etiamnum legari non liceret.

TEXTUS.

De re legata. Et primum de re Testatoris, hæredis, aliena, cujus non est commercium.

4. *Non solùm autem testatoris vel hæredis res, sed etiam aliena legari potest, ita, ut hæres cogatur, redimere eam, & præstare; vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res, cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio ejus debetur; veluti si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius nomenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset, alienam rem esse, non legasset, & ita divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum, qui agit, id est, legatarium, probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum; non hæredem probare oportere ignorasse alienam. Quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

NOTÆ.

4. *Cujus commercium non est*) Ejus rei, quæ absolutè commercio exempta, legatum prorsus inutile est: cujusmodi sunt, quæ hìc & in *l.* 39. §. 8. *& seqq. eod.* 1. memorantur. Sed nec earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus juncta sunt, *l.* 41. *cum* 2. *seqq. eod.* Quid si vel testator, vel hæres commercium rei non habeant? Resp. Si legatarius habeat, utile esse legatum, *l.* 49. §. 3. *eod.* 2. fac. *l.* 34. *de verb. obl.* sin minus, non valere, *d. l.* 49. §. 2. *d. l.* 34. Non obstat. *l.* 114. §. 5. *eod.* 1. neque *l.* 11. §. 16. *eod.* 3. illa tibi quod respondeas ipsa subministrat; in hac agitur de legato militiæ, cujus natura æstimatio continetur, *d. l.* 49. §. 1. in *l.* 40. *eod.* delenda videtur secunda negatio: alioqui illa abundant, *cujus commercium legatarius non habeat.* Cujac.

Legatarium probare) Hoc iidem iisdem verbis Marcian. tradit *l.* 21. *de prob.* fac. *l.* 23. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum legatum consistat, aut non consistat.*
2 *Legem 12. Tab. non impedire, quominus res aliena legari possit. Et num jus Canonicum?*
3 *Quid juris sit in legato rei communis? Quæstio subtilis & elegans.*
4 *Effectus legati rei alienæ.*
5 *Legatum rei simpliciter exemptæ commercio, aut usibus Principis deservientis, prorsus inutile esse. Ut & regulariter earum rerum, quæ ædibus junctæ.*
6 *Rei exemptæ commercio certæ personæ legatum valere, si legatarius commercium habeat; sin minus, secus: subjecta plenissima solutione omnium quæ obstare videantur.*
7 *Quid juris, si feudum legatum sit?*
8 *Legatum rei alienæ, nisi singulari conjectura adju-*

adjuvetur, cur demum valere placeat, si testator sciverit, alienam esse; & cur legatorio ejus rei probatio incumbat?

INchoatur hic tractatio de rebus, quæ legari possunt, aut non possunt: qui locus maximam hujus tit. partem occupat; nec est
1 sine multiplici distinctione prævius. Primum hoc in genere teneamus, non solùm res speciatim sic dictas, sed etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat: nec solùm res corporales, sed etiam incorporales, puta usumfructum, servitutem, nomen. Deinde posse legari non modo res, quæ actu sunt in rerum natura, verùm etiam quæ futuræ sperantur: quæ non sunt, nec esse possunt, earum legatum inutile esse. De quibus omnibus accuratius agemus suis locis. Porro interest, utrum res legata sit in commercio, an non sit: & si extra commercium, utrum simpliciter atque in totum, ut sunt res publicæ, sacræ, sanctæ, religiosæ, liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti est: an verò res talis sit certo respectu, & vel ob specialem circumstantiam commercio exempta, cùm alioqui per se & conditione sua sint in commercio, cujusmodi sunt marmora, columnæ, tigna ædificiis juncta, quæ inutiliter itidem uno atque altero casu excepto legantur: vel exempta commercio, quorumdam, non omnium ut mancipium Christianum, cujus commercium non habent hæreticus, Judæus, paganus, *tit. C. ne mancip. Christ.* item militia, hoc est, officium alicujus eorum, qui in aliqua schola seu ordine inter statutos relati sunt, ex quo salaria à Principe consequuntur: cujusmodi officiorum constat quoque non omnes jure capaces esse. Vid. Cujac. *in l. 3. §. si quid minori. 7. de minorib.* Sic prædii provincialis cum aliis commercium est, cum præside non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulo post. Quæ res legata in commercio est, ea vel est testatoris propria, vel non est: & hæc iterum vel hæredis, vel legatarii, vel tertii alicujus, vel in hoc argumento specialiter dici solet res aliena. De re hæredis scriptum hic est, eam non minus quàm rem testatoris legari posse: neque ullam hoc dubitationem habet; adeo ut hujusmodi legatum valeat, etiamsi testator existimaverit rem suam se legare, *l. unum 67. §. si rem 8. de legat. 2.* De re legatarii legata distinctè dicetur *inf. sub §. sed si rem 10.* De re aliena hic itidem traditum est, eam utiliter legari: cum ea tamen distinctione, quam legatum rei testatoris aut hæredis propriæ non recipit. Postremo illud quoque generaliter tenendum est, nullius esse momenti legatum earum rerum, quæ legatæ nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis sint in commercio: de quo etiam inferius præcipietur diligentius *sub. §. ex contrario. 14.*

Sed etiam aliena) Etiam res alienas legari posse, semper constitit, & posse, etiamsi difficilis earum paratio sit, ut ait Jurisconsultus *l. cum servus. 39. §. constat. 7. de legat.* 1. Nec obstat lex duodecim tabularum, quæ tantùm de suo legandi potestatem facit, *l. verbis. 110. de verb. sign.* Nam qui legat rem alienam, de suo legare intelligitur. Onerat enim hæredem, ut rem redimat, & redemptam præstet. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur: sicut indicat *l. qui quatuor. 30. §. ult. de legat. 3.* & expressè testatur Ulpian. *in fragm. sub. tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, ut puta, *do, lego,* aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modo in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus. 104. §. 2. de legat. 1.* Ejus rei, quæ apud hostes est, bello scilicet capta, legatum omnimodo consistit jure postliminii, *l. 9. l. si servus. 98. eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *cap. filius. x˜. de testam.* ubi videtur ejusmodi dispositio improbari. Covarruvias putat, speciem *d. c.* esse singularem, quod res alterius Ecclesiæ legata proponeretur sepulturæ causa: & ideo extra speciem illic propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere: & ita quoque Mantic. *9. de conj. ultimam. vol.* 10. Fachin. *5. contr.* 38. At enim negari non potest, quin Pontifex in *d. c.* ostenderit, sibi displicere rei alienæ legatum, cùm id magis *sæculi legibus* quàm *legi Dei* convenire significet. Quamobrem D. Tulden. *hic. c. 5.* fatetur quidem, improbari à Pontifice hanc juris civilis dispositionem: cæterùm cùm eam expressè non abroget, merito eam adhuc obtinere debere contendit: maximè cùm probabili nitatur ratione, prolixius indulgendi supremis hominum desideriis, & eo tantum pertineat, ut hæres rem à domino redemptam, ut eo nolente vendere, justam rei æstimationem legatario præstet. Crediderat Pontifex rei alienæ legatum legibus sæculi ita sustineri, ut eam rem velit, nolit, Dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemtione rei alienæ, aut pretii illius præstatione oneretur, constat; legi divinæ minime repugnare.

re. Quæsitum est, quid juris sit in legato rei communis? Finge testatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit *fundum meum*. Hic enim portionem tantùm debere, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, disertè respondet Paul. *l. 5. §. ult. de legat.* 1. & addit, hoc constare, ut ostendat, certi juris esse, non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro hærede faciunt. Verba, quia *fundum meum* rectè interpretamur, quatenus meus est: nam meum rectè dicitur, quod pro parte meum est, *l. in re communi. 26. de serv. præd. urb. l. si quis. 74. de legat. 3. l. 2. de cond. inst.* quamvis totum meum esse non rectè dicamur, *l. rectè. 25. de verb. sign.* Mens testatoris, quia etiamsi res dubia esset, non facile crederetur testator onerare hæredem suum voluisse necessitate redimendi, *l. unum. 67. §. si rem. 8. de legat. 2.* Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantùm portio, quæ testatoris fuit? Accursius existimavit, totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse, valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur. Quod & Donello visum in *l. 10. Cod. de legat. num. 2.* Sed contrariam sententiam, quam probant Bartol. Bald. Jas. Ang. Zas. Duar. in *d. l. 5. §. ult. de legat. 1.* Mant. *9. de conj. ult. vol. tit. 1. num. 12.* veram esse existimo, partem tantùm deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienæ & pro parte meæ. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habet; nullaque alia conjectura capi potest, quàm voluisse legare totam. At cum pars tantùm testatoris fuit, omnino credibile est, eum potius de sua illa parte cogitasse, quàm voluisse hæredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat; quæ conjectura efficacissima est, *l. unum. 67. §. si rem. 8. de legat. 2. l. Sticho. 36. in fin. de usufruct. legat.* Eamdem rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus. 71. §. ultim. de legat. 1. fac. l. 24. de instruct. vel instr. leg. l. 30. §. 4. de legat. 3.* Planè si testator nominatim dixerit, se legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, responderem, utramque partem & tam alienam, quàm testatoris deberi, *argum. l. Juliano. 68. in pr. de legat. 3.* Fusius hanc quæstionem tractamus *lib. 2. select. quæst. cap. 28.*

Si eam non potest redimere æstimationem ejus dare) Effectus legati rei alienæ hic est, ut hæres 4
eam rem teneatur redimere & præstare, aut si redimere non possit, quod dominus eam vel nolit vendere, vel non nisi immodico pretio vendere velit, justam æstimationem inferre, *l. si domus. 71. §. 3 de legat. 1. l. non dubium. 14. §. ult. l. qui quatuor. 30. §. ult. de legat. 3.* & competit legatario eo nomine actio personalis ex testamento. In rem hoc casu competere non potest, quoniam fieri nequit, ut re aliena legata, dominium ejus rei rectà à morte testatoris ad legatarium transeat. Hæc verò ita obtinent, si testator rem alienam legavit sciens; secus est si ignorans, ut paulo post audiemus.

Si talis sit res cujus commercium non est, nec æstimatio debetur) Ejus rei, quæ simpliciter at- 5
que absolutè extra commercium est, legatum inutile prorsus atque inane est, ut nec æstimatio debeatur. Cujus generis sunt res sacræ, sanctæ, religiosæ, usibus publicis destinatæ, *l. cum servus. 39. §. pen. de legat. 1.* Idem est, si legata sit res, quæ usibus Principis deservit, velut horti Salustiniani, fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæsaris sunt: quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis, & furiosi est, talia legata adscribere, *d. l. cum servus, §. antepen. & ultim.* Sed neque earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus junctæ sunt, ut puta columnæ, marmora, tegulæ, aut alia id genus: quamobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur, *l. cætera 41. cum 2. ll. seqq. d. tit.* Excipiuntur duæ causæ, in quibus harum etiam rerum legatum valere placet: quarum una est in *d. l. cætera §. sed si quis, 5.* altera in *l. 11. §. si quis illicite. 14. de legat. 3.* nimirum quia in utraque ea specie cessat ratio, ob quam hæ res legari, aut negotiandi causa eximi prohibentur, quæ hæc est, ne ruinis deformetur aspectus publicus; *l. 2. C. de ædif. priv.* Hæc omnia liquida sunt & cunctis probata. Quod si 6
certæ alicujus personæ commercio res exempta est, refert, testator is, aut hæres sit, an legatarius. Si testator, utile nihilominus est legatum, si legatarius commercium habeat: nam & utilis est stipulatio, si rei in stipulatum deductæ commercium habeat stipulator, licet promissor non habeat *l. multum 34. de verb. obl.* Idemque est, si hæres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic persona hæredis, utpote à quo res mox abitura est, consi-

derari debet. Textus est in *l. mortuo bove* 49. §. *sed Proculus* 3. *de legat.* 2. Hæc quoque extra dubitationem posita sunt, & usu, uti & superiora, recepta. Grot. 2. *manuduct.* 22. *vers. pen.* Quod si legatarius commercium non habeat, traditum est, legatum non valere, *dict. l. mortuo bove*, §. 2. cui simile est, quod is, qui rei commercium non habet, eam inutiliter stipulatur, *dict. l.* 34. *de verb. obl.* & quod donari non potest, quod donatario acquiri non potest, *l.* 9. §. *ult. de donat.* οιον χριςιανον ἀνδράποδον αἱρετικῷ προσώπῳ, ut ibi Græci. Cæterum non est hoc æquè expeditum ac præcedentia. Nam primum obstare videtur, quod responsum est, militia servo alieno legata, domino æstimationem deberi modo testator sciens eam servo legaverit, *l.* 11. §. *si serv.* 16. *de legat.* 3. Atqui servus militiæ capax non est. Respondeo, servis ademptam esse totius juris civilis communionem. Sed sciendum, testamenti factionem cum servis ex persona dominorum introductam, ut proinde si domino militia relinqui potuit, & servo possit, atque in persona servi ipsi domino relicta videatur, *l. non minus* 31. *de hær. inst.* Eo fit, ut si testator servo alieno militiam legaverit, legatum utile sit, & æstimatio quæ natura legati militiæ continentur, *d. l.* 49. §. 1. *de legat.* 2. debeatur domino, qui militiæ commercium habuit. Utique si testator non ignoraverit servum esse: nam si liberum putavit, scriptum est *in d. l.* 11. §. *si serv.* 16. denegari fideicommissi petitionem, addita hac ratione, quia si scisset servum non reliquisset. Itaque nec dominium quicquam isto casu ex legato aut fideicommisso redire voluit, reperiturque res relicta ei solùm, qui commercium ejus non habet. Quod distinctionem nostram confirmat. Secundo refragari putatur *l. si filiusfam.* 114. §. *si quid alicui.* 5. *de legat.* 1. Sed hic locus ipse tibi quod respondeas subministrat. Ait Jurisconsultus, *si quid alicui licitè fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, aliamve probabilem causam, habere non potest, alius tamen habere potuit æstimationem deberi.* Proponitur legatum licitè relictum: ergo relictum capaci, non ei, cui commercium rei relictæ interdictum est. Nemo enim dicet, prædium provinciale licitè legari præsidi, aut mancipium Christianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui casu aliquo & probabili ex causa rem habere non potest, non ei, qui jure capere prohibetur. Finge, surdo, muto; aut cæco militiam legatam aut per fideicommissum relictam, hoc casu æstimatio debebitur: at non deberetur, si ea res relicta erat incapaci, *arg. d. l.* 11. §. *si serv.* 16. *de legat.* 3. Postremo hic objicitur *l. sed si res* 40. *de legat.* 1. qui locus plus difficultatis habet: scriptum enim illic expresè est, utile esse fideicommissum, & æstimationem deberi etiam eo casu, quo fideicommissarius jus possidendi non habet. Donellus *in d. leg. multum.* 34. *de verb. obl.* distinguit inter impedimentum possidendi & incapacitatem legatarii, vultque, aliud esse non habere jus possidendi, aliud non habere rei commercium. Verùm ista distinctio locum habet, ubi quæstio est de conditione personæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate, ut jam intellectum est. Robertus 3. *animadvers.* 11. & alii, interesse putant, sciverit testator legatarium, sive fideicommissarium incapacem esse an ignoraverit: priore casu æstimationem deberi, posteriore non item. Non displicet, quod Cujacius *in d. l. multum.* 34 contendit redundare in *d. l. sed si res.* 40. secundam negationem, eamque demendam, ut hìc sit sensus, æstimationem deberi, si res, cujus commercium legatarius non habet, ab eo per fideicommissum relinquatur ei, qui commercium ejus rei habet. Quæ sententia verissima est. Nam persona legatarii in hujusmodi specie quasi subducitur, perindeque habetur, ac si fideicommissum rectà ab hærede relictum esset: estque casus hic simillimus ei, qui proponitur in *d. l. mortuo bove.* 46. §. *pen. de legat.* 2. Secunda autem negatione retenta fit scriptura inepta, & illa abundant, *cujus commercium legatarius non habet.* Quid enim refert, legatarius, à quo res per fideicommissum relicta est, commercium ejus rei habeat, nec ne, si fideicommissarius non habeat; aut non habeat jus possidendi? Non placet hæc confidentia Cujacii Duareno in *d. l. sed si res* 40. Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui jus possidendi non est*, referentis ad legatarium, qui Duareno idem est ac ille, cui per fideicommissum relinqui dicitur? Quis non videt, tunc totum illud, *cui possidendi jus non est*, abundare? Existimat autem Duarenus, in quæstione proposita distinguendum esse ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommissum. Legatum rei, cujus legatarius commercium non habet, eo jure inutile esse: fideicommissum, in quo benignior admittebatur interpretatio, utile, atque ex eo æstimationem fideicommissario deberi. Argumento esse, quod in iis locis, ubi negatur deberi æstimatio, agatur de legato, ut in *dict. l. mortuo bove.* 49. *de legat.* 2. §. *pen.* contra ubi æstimatio dicitur deberi, de fidei-

com-

commisso, ut in *d. l.* 11. §. *si servo.* 16. *de legat.* 3. *& d. l. si filiusfam.* 114. *si quid alcicui.* 5. *de legat.* 1. Bachovius etiam, qui idem in hac re quod Duaren. sentit, non ineleganter sibi hujus differentiæ rationem reddere videtur, nimirum quia legatum recta transit in legatarium, fideicommissum primo consistit in persona ejus, à quo relinquitur. Ego verò non magni hæc æstimo. Nam si tam insignis hoc in casu differentia fuisset inter legata & fideicommissa, utique ejus meminisset Ulpian. & Cajus *sub. tit. de fideicomm.* ubi harum rerum differentias, si non omnes, saltem plerasque & præcipuas recensent. Quin contra ex Ulpiano didici, legatum damnationis de quo fere hìc quæritur, & fideicommissum ejusdem esse hactenus naturæ, ut eædem res, quæ per unum reliqui possunt, possit & per alterum, *d. tit. de fideicomm.* §. 4. Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium transit, quàm ex fideicommisso: ex quo apparet, rationem illam differentiæ, quam
7 Bachovius profert, non esse usque adeo elegantem. Quid si feudum legatum sit? Hic æstimationem deberi negant Gail. 2. *obs.* 154. *num.* 13. Fachin. 5. *contr.* 37. Vult. 1. *de feud. cap.* 9. *num.* 72. Petr. Greg. 42. *syntagm.* 32. Ajunt Peregrin. *de fideic. art.* 11. *num.* 103. *& seq.* Matheac *lib.* 2. *epit. legat. cap.* 19. *num.* 4. Quorum sententia probabilior videtur Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disput.* 13. *thes.* 5. Sed prior apud nos obtinet, si testator de suo feudo disposuerit non interveniente domini consensu, D. Grot. 2. *manuduct.* 42. sive de alieno, nisi aliunde liquido constet, testatorem & æstimationem præstari voluisse, ubi supremam apud Mechlinienses Curiam censuisse refert D. Christin. *vol.* 6. *dec.* 28.

Si sciebat alienam rem esse) Non semper res aliena legata debetur: sed ut superius diximus, interest, utrum quis rem alienam legans sciverit rem alienam esse, au ignoraverit: si scivit, debebitur, si ignoraverit, non item, *l. cum alienam.* 10. *C. h. t. l. unum* 67. §. *si rem* 8. *eod.* 2. quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus rei ratione, *forsitam enim*, inquit, *si scivisset alienam rem esse, non legasset.* Sed unde illud colligimus, testatorem legaturum non fuisse? Ex eo nimirum, quod nemo facile
8 credendus sit, hæredem suum onerare voluisse redemptione rei alienæ, *d. l. unum* 67. §. *si rem* 8. *l. Sticho* 36. *in fin. de usufr. leg.* Atque hinc intelligere licet, distinctionem illam ad rem hæredis legatam non pertinere, sed eam omnino deberi, etiam si testator eam suam existimans legaverit: nempe cui rei legatæ dominium apud hæredem est, tam facile eam hæres præstare potest, quàm rem quæ defuncti fuit, *d. l. si unum* §. *si rem.* Planè aliquando conjectura voluntatis efficir, ut etiam res aliena legata indistinctè debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, aliive tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legatum fuisse, *d. l.* 10. *C. eod.* quod ad legata in piam causam relicta traducunt Tiraq. *priv. piæ caus.* 66. Vasq. *lib.* 3. *de succ. progr.* §. 27. *n.* 41.

Legatarium probare oportere) Quia fere in casu legati rei alienæ quæstio inter hæredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra scivisse; quod porro aliud dubium parit, utri scilicet necessitas incumbit probandi, hæredine ignorasse defunctum, an legatario scivisse: ideo Imperator, quid in hac re juris esset simul definire voluit. Ait autem ab hærede nullam in proposito probationem exigi, sed legatarium probare oportere, scivisse defunctum rem alienam esse adjecta hac ratione ex novissima juris regula, *l. actor* 23. *C. de prob. l.* 4. *C. de edend.* quia necessitas probandi incumbit ei, qui agit: qui hìc legatarius est, non hæres. Hoc idem iisdem verbis & Marcianus tradidit *l. verius* 21. *de prob.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quod hæres præsumptione juris adjuvatur, quæ, etsi actoris partes hæres sustineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *l.* 8. *&* 6. *eod. tit.* Planè potest hoc jus ex circumstantiis variari: nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut sibi asseruit, magna causa est præsumendi pro legatario, scivisse defunctum rem alienam esse, add. Gomez. 1. *res.* 12. *num.* 13. Christin. *vol.* 4. *dec.* 32. *n.* 5. *& seqq.*

Textus.

De re pignorata.

5. *Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet hæres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat hæres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit, non debet hæres eam luere.*

Notæ.

5. *Si rem obligatam*) Fac. *l.* 57. *de legat.* 1. *l.* 15.

l. 15. *de dot. præl. l.* 6. *C. de fideic.*

Hæres eam luere) In *d. leg.* 15. *liberare.* Luere est pignus solutione vel satisfactione liberare.

Et hoc expresserit) In testatoris certa & expressa voluntate conjecturis non est locus, *l.* 33. *eod.*

Commentarius.

1 *Doctrinæ hujus* §. *non obstare quod alibi traditur, si res certa legata sit, talem dari debere, qualis est.*

2 *Interdum etiam tunc cùm testator nescivit rem obligatam esse, hæredem eam luere debere, & quibus casibus.*

3 *Quid juris sit pignore distracto?*

Res pignori obligata quodammodo aliena est, utpote cujus pretium nobis absit, quod pro ea liberanda præstare cogimur, *arg. l. Labeo* 14. *de verb. sign.* unde & pignoris obligatio species quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Atque hinc est, quod in re pignori obligata idem placet quod in re aliena, ut quemadmodum hæres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam quæ legata sit, luere, id est, nexu pignoris liberare, soluta liberare pecunia, *hoc text. l. si res* 57. *de legat.* 1. *l. licet* 15.
1 *de dot. præl. l. prædia* 6. *C. de fideic.* Non obstat, quod alibi traditur, si res certa legata est, talem dari debere, qualis est; verbi causa, si fundus, qui legatus est, servitutem debeo, eum cum servitute rectè præstari, *l. servo* 69. §. 3. *de legat.* 1. si servus statu liber legatus est, statu liberum rectè dari, *l. servum* 44. §. *pen.* & *l. seq.* §. *ult. eod.* Nam hoc quod de re testatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis merito habetur res opposita pignori quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione responsum est fundo legato, cujus ususfructus alienus est, hæredem hunc usumfructum redimere debere: quoniam scilicet & in usufructu res aliena legata videtur: nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit, emolumentum tamen rei continere, & ideo instar obtinere portionis, *l. Mævius* 66. §. *pen. l. cum filius* 76. §. *dominus* 2. *de legat.* 2. Planè si quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc casu non esse cogendum hæredem prædium liberare, post Joan. Fab. D. Tuldenus *hic, cap.* 11. annotavit, & ita observari ait: quoniam ejusmodi opera plerumque perpetua sunt, instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum, testatorem cogitasse de liberatione. *Decis. Cur. Holland.* 11. *in fin.*

Ita demum, si sciebat defunctus) Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc res à legatario luenda est, *dd. loc.* Duo sunt casus, quibus placet, etiam tunc cùm ignoravit defunctus rem obligatam esse, hæredem pignus luere debere. Unus est, si testator eam rem vel aliam non minoris pretii æquè legaturus fuisset, si scisset, obligatam, *d. l. si res* 57. *de legat.* 1. *d. l. prædia* 6. *C. de fideic.* de quo constare poterit, si vel testator id aliquando apertè professus sit, aut si rem conjunctæ personæ legaverit, ut supra in re aliena, *arg. l. cum alienam* 10. *C. de legat.* Alter casus est, cùm debitum exæquat aut superat pretium rei pro eo obligatæ: quoniam hoc casu legatarius ipse rem liberans nihil reliqui habiturus esset, atque inani legato, quod verisimile non est defunctum voluisse, ludificaretur, *d. l. si res.* 57. *in pr.* ubi ita legendum est, *vel nisi non potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*: ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ, & nonnullæ aliæ habent, & in sua notat Jul. Pacius: non ut vulgo legitur, *vel potest aliquid esse superfluum, &c.* Nam hac lectione retenta, hìc Jurisconsulti sensus fuerit, ut rectè Fachin. *lib.* 12 *cont.* 41. quotiescumque plus est in re legata, quàm in debito, pro quo obligata est, hæredem eam luere debere, etiam ubi nescivit testator obligatam esse: quod & verum esse existimat Fachin. *d. l.* & Tulden. *hic c.* 11. Atqui tunc regula convertenda erit: quoniam carissimè fit, ut creditores pignus accipiant, cujus æstimatio non superet quantitatem crediti. Donellus 8. *num.* 19. alium sensum vulgatæ lectioni affingit, nimirum cùm debitum excedit pretium rei legatæ, quàm testator obligatam nesciebat, pro ea quidem quantitate, quæ rei pretio respondeat, legatarium luiturum: cæterum quod restat adhuc exsolvendum, ut pignus in totum liberetur, id ab hærede præstandum: quam interpretationem verba ista, *si potest esse aliquid superfluum exsoluto ære alieno,* minimè ferunt. Illud hic monendi sumus, tunc solùm hæredem posse pignus luere, cùm id nondum à creditore legitimè distractum est. Distracto pignore res in priorem speciem rei alienæ legatæ incidit, utpote dominio pignoris jure in alium translato, *l. non post novum.* 46. *de acq. rer. dom. l. ult. C. si vend. pign. agat.* Proinde hoc casu id superest, ut hæres aut redimat, aut si redimere non possit, æstimationem ejus præstet; nisi contraria defuncti voluntas ab hærede ostendatur, *d. l. prædia.* 6. C.

C. de fideic. Vinn. Quum vexatissima sit *l. 57. ff. de leg.* 1. Stephani autem & Baudozæ lectio etsi violenta videtur, nec præsidium in vetustis Codicis MSS. reperiat; omninò videtur Donelli sententia liquidissima. Ponit primo Ulpianus regulam bimembrem. Si testator scivit, rem obligatam, tum hæres luit, nisi alio animo fuerit. Sin nescivit testator, tunc luit fideicommissarius. Jam sequuntur exceptiones aliquot ad posterius membrum pertinentes: (1) nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset. (2) *vel potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*, id est, nisi exsoluto ære alieno nihilominus aliquid superfluum manet, quod solvendum, e. g. usuræ diu non solutæ; tunc id quod solvendum superest, ab hærede solvendum. Ad hunc casum etiam pertinent verba sequentia, in quibus frustra Ant. Fab. *lib.* 11. *Conj. cap.* 10. & Donell. *lib.* 8. *cap.* 19. *pro noluerit* legunt *voluerit*. Qua emendatione non opus esse, si versiculus ille ad hunc casum referatur, jam ostendit Osvv. Hillig. *Donell. Enucl. ib. lit. Q.* Hein.

Voluerit legatarium luere, & hoc expresserit) Ratio manifesta est, quia in certa voluntate testatoris conjecturis non est locus; sed simpliciter standum est voluntati defuncti, *l. si pluribus.* 33. *de legat.* 1.

Textus.

De re aliena post testamentum à legatario acquisita.

6. Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, siquidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si verò ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eumdem hominem & eamdem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res ei debetur, interest, utrum rem an æstimationem ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa: si æstimationem agere potest.

Notæ.

6. *Traditum est duas lucrativas, &c.*) Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cùm ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenit, *l.* 17. *de obl. & act.* fac. *l.* 108. §. 4. *de legat.* 66. §. 1. *eod.* 2. *l.* 83. §. 6. *de verb. obl. l.* 61. *de solut.* Ratio est, quia cùm creditoris jam res esse cœperit, in eum casum devenit obligatio, à quo incipere non potuit, §. 10. *infr. eod.* §. 2. *inf. de inut. stip.* §. 4. *inf. de act.* Diversa ratio est causæ onerosæ: quia cui pretium abest rei, adhuc res ipsa abesse videtur, *l.* 44. *de verb. sign.*

Commentarius.

1 *Distinctionem hoc §. traditam locum habere etiam cùm res legata mortuo testatore ad legatarium pervenerit.*
2 *Duarum causarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursum esse speciem liberationis, & quo ea pertineat?*
3 *Quid si eadem res eidem sæpius legata sit eodem testamento?*
4 *Quid si eadem quantitas eidem legata, vel unius testamento vel duorum?*
5 *Si duorum testamentis eadem res relicta sit, eum, qui rem nactus est, posse ex altero adhuc æstimationem petere: non contra, & cur tam variè?*

Si res legata tempore facti testamenti legatarii fuit, legatum inutile est, ut docetur *inf. §. sed si rem.* 10. Quod si eo tempore aliena est, & legatarius postea ex alia causa dominium ejus nactus sit, placet, inspiciendum esse, quali ex causa nactus sit, ex onerosa, an lucrativa: Si ex causa onerosa, actione ex testamento eum agere posse, & pretium consequi: contra si ex lucrativa, non posse, propter regulam, quæ diffinit, duas causas lucrativas in eamdem rem & personam concurrere non posse: quam statim explicabimus. Causa onerosa est, ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid vicissim præstemus: quod accidit in emptionibus & permutationibus. Dotis etiam causa onerosa intelligitur, *l. ex promissione.* 19. *de obl. & act.* Lucrativa causa est, propter quam accipienti nihil abest, quales sunt legatum, fideicommissum, donatio, *l.* 4. §. *si quis.* 29. *de dol. mal. exc. l. inter.* 93. §. *si rem.* 6. *de verb. obl. l. in perpetuum.* 61. *de solut. l. nu.* §. *lucrativus. C. de imp. lucrat. descript.*

Si res aliena legata fuerit) Ab eo scilicet, qui sciebat, rem alienam esse: alioqui legatum inutile est, nisi singulari conjectura voluntatis sustineatur, ut ostensum supra in explicatione §. 4.

Vivo testatore) Exempli causa hoc dictum 1
putant Gloss. & DD. Idemque obtinere, quamvis id contigerit testatore mortuo; quibus assentior. Nam etsi hæreditatem aditam ponamus ex quo hæres debitor efficitur; idem tamen dicendum esset, nempe hæredem libera-

ri,

ri, si antequam rem redimere & præstare posset, ea ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam in *l. omnes.* 17. *de obl. & act.* Proinde frivolum est, quod objicit Bachov. diem legati cedere à morte testatoris. Sed quid si legatarius eamdem rem iterum vivo testatore alienaverit, an legatum convalescet? Negant comm. DD. Sed ego subsisto propter *l. non quocumque.* 82. *in pr. de legat.* 1. qui locus arguere videtur, cum effectu obligationem in proposito non extingui, nisi die legati cedente, dominium rei adhuc apud legatarium existat.

Ex causa emptionis &c. pretium consequi potest) *L. planè.* 34. §. *quod si.* 7. *de legat.* 1. add. *l. si à substituto.* 45. *l. hujusmodi.* 84. §. *qui servum.* 5. *eod. tit.* & quidem si rem totam emit, aliove oneroso titulo acquisivit, pretium totius; si non totam sed partem, pretium partis, quam emit, consequetur, *d. l. non quocumque.* 82. §. 3.

Duas causas lucrativas in eumdem hominem & eamdem rem) Definitio generalis, cui locus est non tantùm, si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, *l. si servus.* 108. §. *Stichum.* 4. *de legat.* 1. *l. Mævius.* 66. §. 1. *de legat.* 2. *l. nutu.* 21. §. 1. *de legat.* 3. sed etiam si ex aliis causis similiter lucrativis, *d. l. omnes.* 17. *de obl. & act. l. inter stipulantem.* 83. §. *si rem.* 6. *de verb. obl. l. in perpetuum.* 61. *de solut.*

2 Est enim duarum lucrativarum causarum circa eamdem rem & personam concursus species liberationis, *d. l. omnes.* 17. *de obl. & act.* quæ ut ego existimo, referenda est ad eas causas, in quibus res incidit in eum casum, unde incipere non potuit, §. 2. *infr. de inut. stip.* Cùm enim res, quæ ex lucrativa causa debetur, ad creditorem pervenit ex alia causa lucrativa, cœpit res ejus esse, ut jam amplius ejus fieri non possit, §. *sic itaque.* 34. *inf. de act.* Dices, idem contingere, si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa: cur igitur pariter hoc casu non accidit, ut alius liberetur, qui eamdem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cùm ex causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus quàm si ex causa lucrativa nactus esset, rem habeat; emolumento tamen non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse secundum veterum doctrinam, qui sic definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest, *l. Labeo.* 14. *de verb. sign.* Porro locus est propositæ regulæ, si certa res sit aut species, quæ debeatur: nam si certa quantitas aut summa bis, verbi causa, legata sit, non potest dici eamdem rem deberi, *l. planè.* 34. §. 3. *de legat.* 1. *l. Titia.* 87. *de legat.* 2. quamvis, si ab eodem, multiplicatio legati non præsumatur, *d. l. si planè.* 34. §. 3. Exigit regula, ut ea species ad creditorem pervenerit, *d. l. omnes.* 17. *de obl. & act.* quæ verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit, ut sit mansura: alioqui si in ea causa sit, ut avocari possit, aut ea lege legata, ut alteri restituatur, definitio locum non habet, *l. non quocumque.* 82. *in pr.* & §. 1. *de legat.* 1. *l. in perpetuum.* 61. *de solut. fac. l. aliud.* 71. *de verb. sign.*

Si ex duobus testamentis eadem res) Ait *duobus*, id est, *duorum testamentis.* Nam si eadem res eidem sæpius legetur eodem testamento, amplius quàm semel peti non potest, sufficitque, vel rem consequi vel rei æstimationem, *l. planè.* 34. §. 1. *de legat.* 1. Quippe sæpius idem legando non ampliat testator legatum, *l. si alii.* 42. *de usufr.* nec tam legasse sæpius, quàm sæpius locutus creditur, *l. Mævius 66.* §. *eum.* 5. *de legat.* 2. *l. si tibi 86.* §. 1. *de legat.* 1. nisi manifestè constet ampliandi legati causa sæpius legasse; ut in hac specie: Duos quis scripsit hæredes, & damnavit unumquemque solidum legatario præstare; hìc idem esse responsum est, atque si duobus testamentis legatum esset, *l. quid ergo.* 53. §. 2. *de legat.* 1. 3

Ait *eadem res*, id est *eadem species*, *idem corpus*; nam si eadem quantitas eidem duorum testamentis relicta sit, puta centum aurei, solidum legatum est utriusque testamento peti potest: quamvis si in eodem testamento non aliter placeat legatum sæpius præstandum, quàm si legatarius doceat testatorem multiplicare summam voluisse; præsumitur enim potius repetisse legatum, quàm voluisse multiplicare, *d. l. planè.* 34. §. 3. nisi forte diversis scripturis legaverit, puta testamento & codicillis: tunc enim nisi hæres contrarium ostendat, legatum duplicatum præsumitur, *l.* 12. *de probat.* & ibi Gloss. & comm. DD. Duar. *ad d. l. planè.*, ubi occurrit argumentis Zasii hanc distinctionem impugnantis: aut si variaverit testator modum legandi in quantitate vel qualitate, conditione, tempore, loco, vel causa: nam & tunc ampliasse legatum creditur, nisi contrarium doceatur, per *l. cum centum.* 9. *de adm. leg.* Bald. Castr. Raphael. Jas. *in d. l. planè.* §. 1. Gomez. 1. *resol.* 12. *n.* 38. 4

Utrum rem, an æstimationem) Igitur quod scriptum est *in d. l. planè.* 34. §. 2. Si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere me posse, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem, id cum distinctione accipiendum est, ut si prius æstimationem ex altero consecutus sim, ex altero 5

rem

rem adhuc petere possim: non autem, ut possim de æstimatione agere, si rem antea consecutus fuero: eoque jure utimur, Grot. 2. *manuduct.* 22. Non obstat huic distinctioni *l. bujusmodi.* 84. §. 2. *de legat* 1. ubi per exceptionem repelli dicitur, qui pretium rei legatæ accepit. Nam in specie *d. l.* hæres Titius id dumtaxat legasse intelligitur, quod ipse in re legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum repræsentationis contineatur. Rationem propositæ distinctionis suppeditat *l. tantum.* 88. *de verb. sign.* ubi docet Jurisconsultus, eum, qui rem habet, & æstimationem habere intelligi: contra qui æstimationem habet, non videri habere rem ipsam: re enim æstimationem contineri, æstimatione rem non contineri: ut proinde si is, qui rem habet, æstimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æstimationem adeptus est, si rem petat, id petere, quod non habet. Ad hæc etiam affectio ad rem esse potest supra æstimationem, *l. si in emptionem.* 35. *de minorib.*

Textus.

De his quæ non sunt in rerum natura.

7. *Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, rectè legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt; aut quod ex illa ancilla natum erit.*

Commentarius.

1 *Purumne sit legatum, de quo hìc agitur, an conditionale? & plenius num.* 2.

Quæ in rerum natura non sunt nec actu nec potentia, frustra & inutiliter leguntur, veluti si hippocentaurus legetur, aut homo, qui mortuus sit; quemadmodum & stipulatio harum rerum inutilis est; §. 1. *inf. de inut. stip. fac. l. servus* 108. §. *qui quinque.* 10. *de legat.* 1. Quòd verò in rerum natura nunc quidem non est, sed futurum est, aut futurum speratur, legari potest, licet fieri possit, ut actu in rerum natura nunquam existat: veluti si fructus legentur, qui in fundo Tusculano nascentur, vel quod ex Arescusa natum erit, aut insula in flumine nascitura, *l. quod in rerum.* 24. *in pr. de legat.* 1. §. *ult. de cond. & dem.* Cujusmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantùm
1 relinqui potuisse docet Cajus *lib.* 2. *inst. de legat.* §. 3. De eo quæritur, purumne sit hujusmodi legatum, an conditionale? Dicendum est pro puro haberi, quoad transmissionem; pro conditionali, quoad obligationem: cum Gloss. & DD. comm. *ad l. cum illud.* 25. §. 1. *quand. dies legat. eod.ced.* Gomez 1. *ref.* 12. *n.* 24. quoad mox perfectius intelligetur.

Fructus, qui in illo fundo) Ille casus huc non pertinet, quando quis simpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini, aut olei; quæ omnino præstanda est: sed quando legantur fructus aut certa quantitas fructuum, qui nati erunt in hoc vel illo fundo, puta hoc modo, *fructus qui nascentur in fundo Tusculano, bæres dato*, vel sic expressa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Semproniano, bæredem meum dare jubeo*, *d. l. quod in rerum.* 24. *de legat.* 1. *l.* 5. *de tritic. vin. leg.* Ex his autem legatis, si nihil na- 2
tum sit, nihil debetur; si non tantum, quantum legatum, non amplius debetur, quàm quantum natum est, proinde quasi testator per modum taxationis legasset. *si hoc vel tantum natum fuerit*, *d. l.* 5. *de tritic. leg. l.* 8. §. 2. *de legat.* 2. Et hoc est, quod Pomponius significat, cum ait inesse hujusmodi legatis conditionem, *l.* 1. §. *ult. de cond. & dem.* ex natura nimirum ipsius rei, *l. interdum.* 73. *in pr. de verb.obl.* extrinsecus, non ex testamento, venientem. Hujusmodi autem generis conditiones, cùm non impediant, quominus dies legati à morte testatoris cedat, mortuoque, licet nondum natis fructibus, legatario, spes legati transmittatur ad hæredem, *l. cum illud.* 25. §. *ult.* junct. *l.* 6. §. 1. *quand. dies leg.* inde dictum est, tales conditiones non facere legata conditionalia, *l. conditiones.* 99. *de cond. & dem.* quia nimirum præcipuus hic est legatorum conditionalium effectus, ut non transmittantur pendente conditione, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Non obstat *l. cum ita.* 16. *eod. tit.* loquitur enim de legato alternativo & tali specie, in qua duplex est dubium, & quid nasciturum, & quid hæres electurus sit, nondum autem edito partu, electioni locus non est. Utique verò legatum futurorum fructuum, earumque rerum, quæ postea nascentur, pro conditionali hactenus habentur, ut nulla eo nomine obligatio aut actio esse intelligatur, antequam res natæ sint, & tunc demum actio incipiat, cùm per rerum naturam præstari possunt, *d. l. interdum.* 73. *de verb. obl.* Obiter & illud hìc monendum est, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, etiamsi fundus adjectus sit, non taxationis, sed demonstrationis causa, eoque casu integrum legatum deberi, etsi ex fundo adjecto tantum percipi non possit, *l. Lucius.* 12.

de alim. leg. 1. l. Paula 27. §. ult. de legat. 3.

TEXTUS.

De eadem re duobus legata.

8. *Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniunt ad legatum, scinditur inter eos legatum, si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat,* Titio & Sejo hominem Stichum do, lego. *Disjunctim ita,* Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego. *Sed & si expresserit* eumdem hominem Stichum, *æquè disjunctim legatum intelligitur.*

NOTÆ.

8. *Si alter deficiat, totum ad collegatarium*) Si plures sint vel conjuncti vel disjuncti, pars deficiens omnibus accrescit ex æquo. Si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur, disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic tamen, ut conjuncti unius personæ potestate fungantur, *l. 34. eod. 1. l. 89. eod. 3. l. un. §. 10. C. de cad. toll.* Conjunctis autem accrescit cum onere, disjunctis sine onere: illis non nisi volentibus, his etiam invitis, *d. l. unic. §. 11.*

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego) Hi re & verbis conjuncti dicuntur, *l. 142. de verb. signif.* Quod si testator adjecerit, *æquis partibus,* tum verbis conjuncti erunt dumtaxat, *d. l. 142. d. l. 89.* inter quos tamen & ipsos juri accrescendi datur locus, ut evincit *d. l. 89.* nam jus prælationis, quod illic eis tribuitur, necessario præsupponit jus accrescendi.

Disjunctim) Separatim, pluribus orationibus. Sunt tamen & hi conjuncti respectu rei, ad quam vocantur: unde & re conjuncti dicuntur: triplex enim conjunctio est, *d. l. 142. d. l. 89.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit jus accrescendi?*
2 *In hæreditatibus id jus valere ex necessitate: unde ea necessitas, & quis ejus effectus?*
3 *Deficientium hæredum portiones quibus pro qua parte accrescant?*
4 *Valere idem jus & in legatis, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris: unde dissimilia effecta, & quæ?*
5 *Vetus inter genera legatorum circa jus accrescendi differentia.*
6 *Juri accrescendi locum non esse, nisi inter conjunctos: & genera conjunctorum exposita.*
7 *Qui hic & passim disjuncti dicuntur, eos & ipsos verè conjunctos esse, & n. 10.*
8 *Quibus pro quarta parte defecta pars collegatarii accrescat?*
9 *Inter legatarios diversarum rerum jus accrescendi non esse.*
10 *Singulos tam conjunctorum, quàm disjunctorum diversa consideratione, rectè & totum habere dici & partes.*
11 *Quid sit partes ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano?*
12 *Locus Ulpiani in* l. planè 34. §. si conjunctim 9. de legat. 1. *expositus, rejecta interpretatione Ant. Fabri.*
13 *An partem faciat, qui è conjunctis tempore testamenti mortuus est, aut incapax?*
14 *An conjuncti post obitum testatoris mortui portio conjuncto accrescat?*
15 *An inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habeat?*
16 *Quibus argumentis probari videtur, verbis conjunctos re conjunctos non esse: quibus item contra?*
17 *Communis sententia, quod etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi valeat, plenissima defensio.*
18 *Quid hic juris apud nos, & quid in legato alimentorum?*

TAngitur hic disputatio de jure accrescendi, qua nulla in toto jure nostro creditur esse, vel subtilior, vel perplexior. Jus accrescendi est, quo deficientium hæredum ejusdem hæreditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjiciuntur iis, qui suam portionem agnoverunt. Appellatione hæredum & bonorum possessores intelligimus, *l. 3. §. ult. de bon. poss.* junct. *l. hæreditatis 38. de verb. sign. & l. 2. d. tit. de bon. poss.* & [illegible] quoque, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, *l. Papin. 43. cum l. seq. §. 1. l. antepen. ad Trebell. l. si totam 83. de acq. hær.* Gomez 1. *resol. 1. num. 19.* Appellatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares & donatarios mortis causa, *l. ult. §. un. C. de cad. toll.* Valet hoc jus in hæreditatibus ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus juris principiis: unum hoc est, *Neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse, l. 4. C. de rep. hær.* Alterum, *Neminem ejusdem hæreditatis, qua alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare, l. 1. & l. 2. de acq. hær. l. quidam 20. C. de jur. del. l. un. §. his ita 10. C. de cad. toll.* Quin nec ipsum testatorem hoc jus in hæredibus prohibere posse, demonstravi-

vimus sup. in §. *hæreditas* 15. *de hær. inst.* Si verò non prohibuerit, interpretatione juris etiam quasi ex voluntate ejus inducitur tamquam ex tacita substitutione, *l. si Titio* 61. §. 1. *de legat.* 2. Vid. Osvv. Hill. *in not. ad* Don.
3 *lib.* 7. *cap.* 12. *&* 26. Ergo qui ex aliqua parte hæres extitit, sive ex testamento sive ab intestato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *l. hæredi* 31. *l. qui ex duabus* 53. §. 1. *de acq. hæred. l.* 9. *de suis & legit. hær.* & accrescunt semper cum suo onere, æris scilicet alieni & legatorum, *d. l. un.* §. *his ita* 10. *C. de cad. toll.* Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus, qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint: sin promiscuè conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit verò singulis non ex æquo, sed pro portionibus hæreditariis: & in distributione, si permixtim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet, conjunctos unius potestate personæ fungi, ut non plus universi auferant, quàm singuli disjuncti, *l. planè* 34. *in pr. de legat.* 1. *d. l. un.* §. *his ita* 10. Eademque ratio est hæredum legitimorum, cùm alii conjunctim seu nomine collectivo, alii separatim vocantur: quod fit, cùm quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, §. *cum filius* 6. *inf. de hær. quæ ab int.* fratres & fratrum fi-
4 lii, *Nov.* 118. §. 3. Valet idem jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei; verùm effectu nonnihil dissimili: namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eamdem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur, & legatum scindi, si concurrant: si verò non concurrant, solidum, postposito hærede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest, & si singulis res singulæ relictæ sunt, uno deficiente, portio ejus non accrescit collegatariis, sed in hæreditate manet, augetque jus hæredis, cui & ab initio relinqui potuisset, *l. hujusmodi* 84. §. *pen. de legat.* 1. Deinde cùm deficientis hæredis portionem cohæres etiam invitus & cum onere semper accipit, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec semper cum onere partem accipit deficientis collegatarii. In quo hæc distinctio Justiniano probata videtur, ut siquidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficiens volenti tantùm, sed cum onere accrescat, si separatim, invito quidem, sed sine onere, *l. un.* §. *ubi* 11. *C. de cad. toll.* Ratio est, quia cùm conjuncto ex persona deficientis portio defecta deseratur, potest eam non admittere, quoniam deficiens potuit: ea autem admissa, etiam onus ei adjunctum subire debet, *arg. l. qui in jus* 117. *de reg. jur.* Utrumque contra in disjuncto, quia ex sua ipsius persona solidum habet, suumque magis non diminutum retinet, quàm consequitur alienum, ut huic potius non decrescere, quàm portio deficientis accrescere videatur; sic enim Justinianus disputat in *d. l. un.* §. *ubi* 11. *vers. sin vero*, & facit *l.* 4. *de legat.* add. Gomez. 1. *resol.* 10. *n.* 42. Bart. & comm. DD. *in d. l. un. & in l. re conjuncti* 89. *de legat.* 3. Duar. *de jur.* 5
accresc. 11. Jure veteri fuit in hac quæstione nonnulla in legatis ipsis differentia: nam si conjunctim eadem res per vindicationem legata fuerat, pars deficiens accrescebat; si per damnationem, manebat penes hæredem: at utroque casu post legem Juliam Papiam fiebat caduca. Si disjunctim, singulis solidum debebatur, sed in legato vindicationis concursu partes fiebant, & altero non concurrente totum collegatarius auferebat, sive jure accrescendi sive non decrescendi: in legato damnationis unus rem, alter pretium rei ab hærede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo casu locus pateret juri accrescendi: testes Ulp. *tit.* 24. Cajus *lib.* 2. *tit.* 5. atque ex parte Justinianus *d. l. un.* §. *ubi* 11. Hæc differentia etsi novo jure una cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes, quibus eadem res quocumque genere legati & quocumque modo relicta; ideo tamen notanda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis veterum, quæ non satis accuratè ad normam novi juris à Compilatoribus descripta sunt: quod est maximè, quod hanc quæstionem tam perplexam facit. Vinn. Nec tamen in universum per legem Papiam sublatum jus accrescendi, quod visum Em. Merill. *Var. Cujac. lib.* 1. *cap.* 39. Noluit enim, si post apertas tabulas aliquid deficeret: valuit si collegatarius haberet liberos: valuit in usufructu, aliisque casibus, de quibus Jan. à Costa *ad* §. *ult. Inst. de SCto Orphit* & Jac. Gothofr. *ad L. Jul. & Pap. Caduc. c.* 19. Hein.
Porro autem cùm non nisi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur, ratione rei conjuncti sunt) locus sit juri accrescendi, nec olim etiam fuerit, inde nata quæstio de conjunctis eorumque differentia, quem locum tractat Paul. *l. triplici.* 142. *de verb. sign. & l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. ex cujus disputatione discimus, conjunctos generaliter dici omnes, 6

nes, qui ad eamdem hæreditatem aut rem vocantur, sive uno sermone sive diversis; & in proposito quibus eadem res ab eodem testatore legata est. Cæterum hos solos, non alios, ac proinde nec eos, quibus rei diversæ, quamvis una ratione, *l. hujusmodi.* 84. §. *pen. de legat.* 1. nec quibus res eadem à diversis testatoribus, *l. si sub conditione.* 16. *quib. mod. usufr. am.* nec quibus separatim partes ejusdem rei legatæ sunt, *l.* 1. *in fin. pr. de usufr. accresc.* jus
7 conjunctionis aut accrescendi habere. Cæterum licet conjuncti omnes conjuncti sint in eamdem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur, *d. l. triplici.* 142. & *d. l. re conjuncti.* 89. in tres species, ut alii dicantur re conjuncti tantùm, quorum scilicet singuli separatim, seu diversis orationibus ad eamdem hæreditatem aut rem vocantur, *Titius hæres esto. Sejus hæres esto. Titio fundum Tusculanum do, lego: Sejo fundum Tusculanum, aut eumdem fundum do lego*; alii re & verbis simul, quos scilicet & nominum & rei complexus jungit, ut, *Titius & Sejus hæredes sunto. Titio & Sejo fundum Tusculanum do lego*: alii denique verbis tantùm, qui eadem oratione ad eamdem successionem aut rem vocantur, additis his verbis, *æquis partibus*; veluti, *Titius & Sejus hæredes sunto æquis partibus. Titio Sejo fundum illum æquis partibus do lego.* Hæc divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere: nam ubi jus conjunctionis, ibi jus est accrescendi, & contra, *l. si sub conditione.* 16. *quib. mod. us. am.* nec disputatio de conjunctis ob alium finem instituta est, quàm ut sciremus, inter eos, qui conjuncti sunt jus accrescendi esse, inter alios non esse; quamvis sint, qui verbis conjunctos excludant, de quo plenius postea. Deinde ex ea quoque discimus, omnes conjunctos non æquè conjunctos esse, sed alios aliis conjunctiores: & nimirum eos, quos etiam oratio conjungit, magis conjunctos, quam quos conjungit res tantùm, oratio separat: unde est, quod hi cum illis comparati disjuncti passim appellantur; illi soli conjuncti, *l. planè.* 34. *in pr. de legat.* 1. *l. hæredes.* 63. *de hær. inst. l. un.* §. 10. & *seq. C. de cad. toll.* & apud Ulp. & Cai. Estque arctioris hujus conjunctionis effectus insignis in eo, quod utroque modo conjuncti in portione deficientis potiores habeantur & oratione separatos excludant, *d. l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. *d. l. hæredes.* 63. *de hær. inst. d. l. un.* §. *his ita.* 10. *vers. fin verò.* ubi etiam hujus rei ratio affertur. Planè si testator plures una oratione comprehenderit, non eo animo, ut eos conjungeret, quod plerumque fit, sed brevitatis studio celerius loquens, deque eo constet, tum si quis ex his defecerit, cæteri non plus in hujus portione juris habebunt, quàm alii, qui apertè oratione sejuncti sunt, *l. si quis.* 66. *de hær. inst.* Quicquid autem & hic accrescit, nulli accrescit, nisi qui portionem suam agnovit; si plures agnoverint, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmodum & ab initio omnibus in casum concursus æquæ & viriles partes datæ intelliguntur, *d. l. un.* §. *ubi autem.* 11. *l. legata.* 19. §. *ult. l. servum.* 67. §. 1. *de legat.* 1. Si conjuncti & disjuncti commixti sunt, conjuncti in divisione unius personæ vicem sustinent. nihilo plus ut accipiant omnes, quàm unus ex disjunctis, *l. planè.* 34. *in pr. d. tit. d. l. un.* §. *his ita.* 10. Exempla jam sibi quisque sine negotio formare poterit. In accretione ususfructus quædam sunt peculiaria, quæ à nobis notata sunt sub §. *ult. sup. de usuf.* Attigi strictim pleraque omnia, quæ in hac materia visa sunt cognitu maximè necessaria, quibusque perceptis res tota utcumque intelligi, & de plerisque controversiis judicari poterit, nonnulla etiam latius declarabo inferius.

Eadem res) Quod obiter antea tetigimus, hic prolixius explicandum est, nimirum non esse jus accrescendi, nisi ad eamdem rem plures vocati sint, aut, quemadmodum hic dicitur, nisi eadem res pluribus legata sit; inter diversarum rerum legatarios non esse, sive singulis legetur separatim, puta hoc modo, *Titio Stichum do lego: Mævio Pamphilum do lego*, sive etiam una ratione conjunctim, ut, *Titio, & Mævio singulos servos do lego*, *l. hujusmodi* 84. §. *pen. de legat* 1. Sed etsi singulis partes ejusdem rei legatas proponas hoc pacto: *Mævio fundi illius partem dimidiam, Sejo partem dimidiam do lego*, non intelligitur res eadem legata, sed altera atque altera, & diversæ singulis; ac proinde cessat jus accrescendi, unoque deficiente pars ejus non ad collegatarium, sed ad hæredem pertinet, *l. in fin. pr. de usufr. accr.* Non enim quia partes istæ indivisæ sunt & inter se confusæ, eo minus sunt divisæ, quarum una sit unius, altera alterius, *l.* 5. *de stip. serv.* Neque obstat, quod ex duobus hæredibus, quorum unus institutus sit ex parte dimidia, alter ex altera dimidia, uno deficiente pars ejus accrescit alteri, qui ex sua parte hæres extitit: quoniam conditio hæreditatis non patitur, ut qui solus sit hæres, ejusdem hæreditatis partem habere possit, partem non habere, *l.* 1. *l.* 3. *de acq. hær. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. tol.* At nihil prohibet, ejusdem fundi partem di-

dimidiam alicui legari, ut altera dimidia remaneat apud hæredem. Illud frustra objicitur, quod nemini concessum est ejusdem rei sibi legatæ partem velle, partem nolle, *l. 4. de legat. 2.* Nam in proposito cùm pars tantùm singulis legata sit, qui partem suam agnoscit, totum quod sibi legatum est, agnoscit: quod si partem tantùm partis suæ amplecti vellet, & reliquum repudiare, hic ei obstaret juris ista ratio. Sed etsi duobus res eadem & solida conjunctim legata sit, potest nihilominus deficientis portio repudiari, *d. l. un. §. ubi autem 11.* Hoc igitur ratum sit, necesse esse, ut iis, inter quos jus accrescendi esse volumus, una atque eadem res legata sit, & quidem solida singulis; hoc enim est, quod Ulpianus ex Celsi sententia refert, toties jus esse accrescendi, quoties ex duobus, qui in solidum habuerunt, concursu res diversa est, *l. 3. in pr. de usuf. accr.*

Sive conjunctim sive disjunctim) Conjunctim legari dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur: disjunctim seu separatim, quando singulis orationibus singuli ad eamdem rem vocantur: ut hic sunt plures enuntiationes, illic una copulata, *d. l. un. §. his ita. 10. & §. seq. l. 1. §. 3. de usufr. accr. l. si pluribus. 33. de legat. 1.* indeque est, quod alii
10 conjuncti, alii disjuncti passim dicuntur. Cæterum conjunctio hæc & disjunctio ex verbis potius quàm ex re æstimatur, cujus respectu omnes conjuncti sunt, quibus res eadem legata, licet disjunctim: & hi sunt, qui in specie re conjuncti appellantur, *l. triplici. 142. de verb. l. re conjuncti. 89. de legat. 3.* quod & supra notatum est, & simul observatæ nonnullæ inter hæc genera differentiæ, cùm de onere partis accrescentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendis, cùm permixti sunt.

Scinditur inter eos legatum) Hoc alibi sic dicitur, *concursu partes faciunt*, aut *concursu partes habent*, *l. 3. de usufr. accr. l. planè. 34. §. sed si. 10. de legat. 1. l. conjunctim. 80. de legat. 3. l. 7. C. de legat.* Estque hoc certissimum argumentum, in utroque hoc genere legati, hoc est, sive conjunctim, sive disjunctim eadem res duobus legata sit, non partes ab initio factas, sed solidum singulis relictum intelligi. Quod tamen cùm dicimus, non hoc significamus, singulos simpliciter habere solidum, aut unumquemque solidum petere posse, non expectato casu, quo alter deficiat; aut alterum rem, alterum æstimationem consequi; quod olim in una specie legati per damnationem inter disjunctos obtinebat, hodie non obtinet, nisi manifestissimum sit ex scriptura, testatorem solidum ad utrumque pervenire voluisse, *l. un. §. ubi autem. 11. C. de cad. tol. l. si pluribus. 33. de legat. 1.* quo in loco valde conspicua sunt emblemata Triboniani: sed habere solidum, considerato eventu alterius deficientis: idque ex voluntate testatoris. Omnino enim credibile est, testatorem ad hunc eventum respexisse, atque ideo re conjunxisse singulos, seu singulis eamdem rem legasse, ut altero deficiente alter in solidum eam haberet, cùm absque eo foret, ut pars deficientis rediret ad hæredem. Contrario autem respectu, si nimirum consideramus casum utrisque concurrentis, partes habere rectè dicuntur: easque etiam in hunc eventum habent ex voluntate testatoris, quæ hic manifesta est, cum utroque concurrente, quod utrique futurum speravit testator, totum singuli habere non possint. Licet autem diversa consideratione & totum & partes singuli habere videantur; non totum habere passim dicuntur ad differentiam eorum, qui simpliciter & omnimodo partes habent, nec eas demum concursu faciunt; quales sunt, quibus partes tantùm ab initio assignatæ. Cæterum quod tam conjunctos, quàm disjunctos solidum ab initio habere dicimus, id non caret omni scrupulo. Nam contra Ulpianus *d. l. planè. 34. si conjunctim. 9. de legat. 1.* expressè scribit, si conjunctim res legetur, partes ab initio fieri: nec solùm partem facere eos, in quorum persona consistit legatum, verùm eos quoque, quorum in persona non constitit. Hunc locum obstare non putant, qui non in- 11
telligunt quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minimè obscurum est. D. Gothofredus in notis ad *d. §. si conjunctim. 9.* scribit, *partem facere, non quorum personæ in divisione partem accipiunt, sed cùm ejus, qui deficiat, aut incapax est, pars conjuncto accrescit*, contra manifestam *d. §.* sententiam & perpetuum usum juris auctorum, quibus partem facere est facere, ut quis partem tantùm habeat in eo, quod totum habiturus esset; si solus esset, aut impedire, ne totum ad alterum pertineat, ut constat ex *l. 8. §. quoniam. 8. l. qui repudiantis. 77. de inoff. test. l. 7. de reb. dub. l. hujusmodi. 84. §. si Titio. 8. de legat 1. cum simil.* Et igitur perspicuè etiam errat Goveanus, qui *lib. de jur. accr. n. 6. & 7.* scribit, eos qui partes faciunt ab initio, partes non habere. Ut autem jus accrescendi excludatur, necesse esse partes ab initio habere legatarios. Facere autem ab initio partes eos dici, non quia pro parte ab utroque legatum vindicetur, sed quia utroque solidum vidicante res inter eos scinditur. Tot errores, & errores conspicui, quot

pe-

pene dixerim verba. Nam primo qui partes ab initio non habent, in his dici non potest, partes ab initio fieri, sed tantùm concursu; quæ perpetuo inter se opponuntur. Deinde quid aliud est partes habere ab initio, quàm partes ab initio fieri? Utroque enim significatur, alterum hoc casu solidum habere nunquam posse, seu quod idem est, juri accrescendi non esse locum: & quamvis qui partem facere dicitur, non concurrat, aut concurrere non possit, certissimo tamen jure perinde habetur, ac si concurrisset, suamque partem abstulisset. Confundit Goveanus & pro iisdem habet, sive dicas partes ab initio fieri, sive partes fieri concursu: quod in tanto viro vix ferre possum. Postremo illud quoque falsum est, posse in concursu vel singulos conjunctos solidum vindicare, vel unum eorum, quamdiu alter adhuc concurrere potest. Non enim amplius vindicare licet, quàm delatum est: at in eventum, quo uterque concurrit singulis non solidum, sed partes relictæ intelliguntur, quod pluribus confirmat Ant. Faber. *decad.* 49. *err.* 9. Quamobrem miror, D. Svvanemburgium
12 locum hunc Goveani notatu tam dignum existimasse ut eum integrum verbis Goveani descripserit *cap.* 8. *tract. de jur. accrescend.* Quid ergo respondemus ad d. locum Ulpiani in *l. planè.* 34. §. *si conjunctim.* 9. *de legat.* 1. ubi tam disertè Jurisconsultus ait *conjunctis partes ab initio fieri*? Ant Faber id, quod generaliter Jurisconsultus definit de conjunctis, restringit ad verbis conjunctos tantùm, qui effectu ne conjuncti quidem, si Fabro credimus, in hac disputatione habeantur. Sed perperam, meo quidem judicio. Rectius autem locus ille refertur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum: ut adeo dicamus, de iis ibi agi, qui vel ante mortem testatoris vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adscriptum erat, caducum fiebat, ut in favorem fisci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hæreditate mansissent; vel accrevissent conjuncto; nam ex lege Julia Papia conjunctis nihil accrescebat nisi post diem legati cedente (cedebant autem demum ab apertura tabularum) legatarius decessisset, aut tempore facti testamenti non fuisset in rerum natura, cui quod relictum erat, pro non scripto habebatur, *l. unic.* §. 1. *& seqq. C. de cad. toll.* Eodem referendum, atque eodem modo explicandum, quod est *in l. hujusmodi.* 84. §. *si à Titio.* 8. *de legat.* 1. Planè illud concedo, disjunctis apertius atque expressius solidum ab initio assignari, quàm conjunctis, utpote quibus ipsa conjunctione quodammodo partes attribui videantur; quod consideravit Justinianus *d. l. unic.* §. *ubi autem.* 11. sed tamen nec disjunctis solidum simpliciter datum dici potest; alioqui non concursu res divideretur, sed alter rem, alter æstimationem consequi deberet.

Si alter deficiat) Non potest dici deficere, in cujus persona legatum numquam constitit: veluti si quid ei datum sit, qui quo tempore testamentum condebatur, in rebus humanis non erat puta diem suum functus, cùm id testator ignoraret: aut ei, quicum testamenti factio non est, sive incapaci, puta deportato aut peregrino. An igitur si alter è conjunctis [illegible] testamenti tempore jam mortuus sit, aut capere ex testamento nequeat, partem alteri faciet, an totum ad alterum pertinebit? Et eum quidem, qui tempore testamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim fecisse, testatur Justinianus *d. l. un.* §. 3. *C. de cad. toll.* Porro autem, & quod ei, qui capere non poterat, conjuctim cum alio relictum erat, in eadem causa fuisse, ut & hoc conjuncto totum cederet, quoniam æquè quàm illud pro non scripto habebatur, *arg. l.* 1. *C. de hær. inst.* quod tamen non aliter processisse, quàm si alter simpliciter & omnino incapax fuerat, evincitur ex verbis *d. l. planè.* 34. §. *si conjunctim.* 9. *de legat.* 1. ubi Jurisconsultus ait, etiam servum proprium, cui sine libertate quid legatum est, quamvis id in persona servi non constitit, conjuncto partem facere, innuens, ut paulo ante hoc interpretati sumus, in fisci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut spreverit legatum) Post legem Juliam Papiam si eadem res duobus conjunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani *in fragm. tit.* 24. §. 11. *& seq.* ubi scribit, partem non concurrentis conjuncti, quæ in legato vindicationis jure civili accrescebat, in legato damnationis in hæreditate remanebat, ex lege Papiæ caducam fieri: nunc autem certum est, in utroque genere legati accrescere, atque hactenus etiam conjunctos & disjunctos esse pares.

Vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo) Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat, qui è conjunctis vivo testatore decesserat, vel quolibet alio modo defecerat, puta damnatione in metallum, aut deportatione, ut ex d. loco Ulpiani manifestum est: idque quod huic relictum erat, dicebatur esse in causa caduci, *d. l. un.* §. 2. *C. de cad. toll.* sed nunc certo jure conjunctis in eamdem rem accrescit sine discrimine generis legati aut modi legandi, *d. l. un.* §. 4. §. 10. *& seq.* Verùm quid

quid si unus decesserit testatore jam mortuo? Ego existimo, hoc casu nihil conjuncto accrescere; sive legem Papiam spectes, sive jus novum Justiniani. Nam aut ante apertas tabulas decessit, & pars ejus ex lege fit caduca; aut post aperturam tabularum, ex quo legati dies ex lege cedit; & hic quidem, quod ei adscriptum est, non fit caducum; jam enim ei debere cœpit: cæterum nec accrescit collegatario, sed ad hæredem deficientis transmittitur, qui effectus est cessionis diei in legatis & fideicommissis, *l. 5. & poss. quand di. leg. ced.* & tex-
14 tus est in *l. 4. in fin. pr. de alim. leg.* Ex constitutione autem Justiniani, cui placuit diem legatorum statim cedere à morte testatoris, effectum est, ut idem juris nunc sit etiam in parte decedentis ante aperturam tabularum, ut scilicet nec ea caduca fiat, nec tamen accrescat collegatario, sed ad hæredem similiter transmittatur, quemadmodum, si solus esset, totum transmitteret, *per d. l. un. §. in novissimo. 5.* Non frustra igitur dixit, vivo testatore.

Totum ad collegatarium pertinet) Si plures sint, omnes autem vel conjuncti tantùm, vel tantùm disjuncti, pars deficientis accrescit omnibus ex æquo: si permixti conjuncti, & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur; disjunctorum partes accrescunt omnibus sic ut in divisionem omnes conjuncti pro una persona habeantur, *d. l. planè 34. in pr. de legat. 1. l. re conjuncti. 89. de legat. 3. d. l. un. §. his ita. 10. C. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accrescit, accrescit cum onere, quod disjunctis, sine onere, *d. l. un. §. ubi autem. 11. sub fin.* de quibus etiam dictum superius.

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego) Quod in his, quibus quid conjunctim legatur, Justinianus solùm utitur exemplo re & verbis conjunctorum, id inter alia multos movet, ut negent verbis tantùm conjunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt Govean. *n. 29.* Hotom. *6. obs. 12.* Ant. Fab. *6. conj. 1. & dec. 49. err. 4.* D. Svvanemb. *de jur. accresc. cap. 8.* Sed sanè hoc argumentum perexiguum ad illud probandum pondus habet. Nam ut taceam, quo nihil certius & notius est, exemplis neminem uti solere ad restringendam regulam, nulla hoc loco est conjunctorum inter se oppositio; sed conjunctorum, id est, eorum omnium, quibus res eadem legatur una oratione, & disjunctorum, quibus quid legatur orationibus diversis, ut licet in exemplo proposito Titius & Sejus sine re & verbis conjuncti, tamen ut tales hìc non considerentur, sed ut conjuncti simpliciter: ac proinde hìc locus potius contrariam sententiam juvat, quæ etiam in sola verbali conjunctione juri accrescendi locum tribuit. Sed tamen utra sententia verior sit, operæ pretium est penitus inquirere. Illud pro confesso habendum 15
atque omnino retinendum est, nullos esse conjunctos, ad quos quidem jus accrescendi pertineat, nisi qui re sint conjuncti, sive quibus relicta eadem res. Proinde neque ii, quibus res diversæ relictæ sunt, quamvis una oratione pro conjunctis hìc habentur, veluti si ita dixerit testator, *Titio & Mævio singulos servos do, lego*: utut verbis conjungantur, *l. hujusmodi. 84. §. pen. de legat. 1.* neque ulla, id est, ne rei quidem conjunctio esse intelligitur, ubi partes tantùm ejusdem rei singulis simpliciter datæ: ut proinde hoc etiam casu sine dubio jus accrescendi esset, *l. 1. in fin. pr. l. pen. de usu accres.* Hinc jam de quæstione proposita judicandum est. Nam si verbis tantùm conjuncti, qui dicuntur in distinctione generum conjunctorum, non sint simul re conjuncti, ex superiore definitione jus accrescendi ad eos non pertinebit: contra pertinebit, si iidem re quoque conjuncti sunt, ut ecce in hoc exemplo, *Titio & & Sejo fundum Tusculanum æquis partibus do, lego*, constat, Titium & Sejum verbis conjunctos esse & appellari: sed jus accrescendi inter eos verborum conjunctio parere non potest, si non etiam accedat conjunctio ipsius rei. Non esse re conjunctos; ipsa appella- 16
tio statim à principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantùm conjuncti, *l. triplici. 142. de verb. sign.* item verbis conjuncti, non etiam re, *l. re conjuncti. 89. de legat. 3.* Idem videtur ostendere expressio partium singulis attributarum: nam ut hæ partes indivisæ sint; sunt tamen diversæ, ut diei non possint re conjuncti, aut singulis relicta eadem res. Denique non est realis conjunctio, nisi inter eos, qui solidum ex judicio defuncti habent: verbis autem conjuncti non solidum, sed partes habent, easque expressas verbis testatoris, ut proinde & partes ab initio facere, *l. planè. 34. §. si conjunctim. 9. §. de legat. 1.* & semper partes habere dicantur, *l. re conjuncti. 89. de legat. 3.* Sed his non obstantibus verius existimo, verbis conjunctos, quos hìc vocamus, etiam re conjunctos esse. Etenim qui sic legat, *Titio & Sejo fundum Tusculanum do, lego e.. æquis partibus*, is utique utrumque conjungit in eamdem rem, dum simul & semel eumdem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio: nam etsi hæ partres non exprimuntur, tacitè tamen significantur enumeratione persona-

rum, *l. cui fundus.* 56. *de cond. & dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur, tamen si exprimantur, pro supervacuis habentur, *l. Cornelius.* 69. *de hær. inst.* ut omnino verum sit, qnod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos à conjunctis re & verbis, quam quod in illis partes æquè exprimantur, in his non item: judicio autem defuncti pari jure censeri, *arg. l.* 16. *in fin. de legat.* 1. Sed cur igitur dicuntur verbis tantùm conjuncti, conjuncti verbis, non re? Non quia verè verbis tantùm conjuncti sint, re planè disjuncti: sed quia tales videntur in comparationem re & verbis conjunctorum, inspecta forma & conceptione verborum, quæ sola hæc genera separat, & adscripris æquis partibus in verbis conjunctis, qui dicuntur, res diversas facere videtur; quod ramen non ita est, si rem ipsam spectamus & sententiam testatoris, cujus judicio cum pariter ad eamdem rem vocentur, pariter pro re & verbis conjunctis habendi sunt. Ex quo porro sequitur, si re & verbis conjuncti solidum ab initio ex voluntate testatoris habere intelliguntur, & solidum habere eodem modo intelligi singulos verbis conjunctorum: idque adeo verissimum esse ostendit *l. conjunctim.* 80. *de legat.* 3. ubi Celsus scribit, conjunctim legare, esse *tota legata singulis dare, partes autem concursu fieri.* Quæ definitio, cùm generalis sit, dubitandum non est, eam ad verbis quoque conjunctos pertinere, & quod expressè partium in hac conjunctione testator meminit, id ex mente ejus à sic prudentibus acceptum, non quod duobus, verbi gratia, ita conjunctis, simpliciter velit singulas partes adscriptas atque in omnem eventum habere, etiamsi non conccurrant; sed quòd cùm sciret, si concurrerent ambo, quod & futurum speravit, singulos totum habere non posse, istis verbis demonstrare voluerit, quid in hunc eventum singuli habituri essent. At si unus deficiat, etiam in verbali conjunctione sic mentem testatoris acceptam, quasi in hunc casum alterum solidum habere voluerit, nec ob aliam causam ad eamdem rem utrumque vocaverit, quàm quod eam rem vel alterum eorum magis habere voluit, quàm hæredem suum. Sed inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habere, *d. l. re conjuncti.* 89. Ergo omni casu habent, & ab initio & ex postfacto. Respondeo, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum. Nimirum Jurisconsultus eo l co, docendi gratia, distinguit verbis conjunctos à conjunctis & verbis simul, non ex eo, quod re ipsa est, sed ex eo, quod videtur: quia verbis conjuncti partes habent externa forma verborum; re & verbis conjuncti non habent. Neque alia ratione hæc genera secerni possunt. Quod verò apud Ulpianum scriptum est, si conjunctim res legetur, partes *ab initio* fieri, *d. l. planè.* 34. §. *si conjunctim.* 9. *de legat.* 1. id tam ad verbis re simul conjunctos pertinet, quàm ad conjunctos verbis tanrùm: ac proinde locus iste vel ad legatum damnationis referendus est, vel ad legem Juliam Papiam & jus caducarium; uti & *l. hujusmodi.* 84. §. *si à Titio.* 8. *eod.* In *l.* 7. *de legat.* 2. apertè Jurisconsultus loquitur de legato damnationis: eodemque pertinere principium *l.* 16. *de legat.* 1. arguit ejusdem *l.* §. *ult.* Concludendum igitur est, etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habere; quippe cui toties locus est, quoties res eadem duobus in solidum legata est, sic ut partes concursu habent, sive eas habeant ex volunrate testaroris expressa, sive ex tacira, *l.* 4. *de usufr. accr.* Atque hæc communis est sententia, probata quoque Duareno *lib.* 1. *de jur. accr. c.* 10. Baroni *in comm. ad hunc* §. Donello. 7. *comm.* 13. & 8. *comm.* 11. Gœd. *ad l. triplici.* 142. *de verb. sign. num.* 12. Confirmatur hæc sententia primum aperto tex- 17
tu *l.* 16. §. *ult. de legat.* 1. ubi non solùm qui re & verbis conjunctus est, sed etiam cui virilis portio data, id est, conjunctis verbis tantùm; *arg. d. l. triplici.* 142. non concurrente altero, rotum vindicare dicitur. Deinde ex eo, quod verbis conjunctus etiam potior dicitur esse in hoc jure quàm is, qui re tantùm conjunctus est, *d. l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. siquidem jus prælationis necessario præsupponit jus accrescendi & conjunctionem realem: & præposterum est, quod Anr. Fab. *dec.* 86. *err.* 89. respondet verbis conjunctos, licet per se re disjuncti sint, ex accidenti tamen & postfacto etiam re conjunctos fieri, concurrente tertio aliquo, qui illis re conjungatur. Nam conjunctionem non concursus efficit, sed dispositio testatoris ad eamdem rem plures vocantis, ut necesse sit, eos, quos in parte deficientis concurrere, aut aliis præferri volumus, considerari ut ab initio sententia testatoris conjunctos. Nihil pro sententia Fabri facit, quod à Javoleno responsum est, in hac specie, si testator Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam, & eumdem fundum Titio legaverit, Sejo deficiente, partem ejus pro portione legati non Mævio solùm, sed etiam Tirio accrescere, *l. Mævio.* 41. *in pr. de legat.* 2. Nam Mævius & Sejus in hac specie verbis conjuncti non sunt, sed conjuncti re tantùm, verbis inter se separati: quod ipse Jurisconsultus expresè testatur. Ait enim, separatim

&

& partes fundi & totum legatum esse: appareteque, legatum hoc sic à Jurisconsulto acceptum ex sententia testatoris, quasi Mævius & Sejus sint in unam dimidiam inter se conjuncti: Titius autem cum his in eamdem dimidiam, quia cui totus fundus legatus est, utique & eadem dimidia legata intelligitur, cùm verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ sint: similiter ut in usufructu conjunctos esse dicimus, quorum uni fundus, alter ususfructus ejusdem fundi legatus, *l. si alii 19. de usuf. leg.* quod plenius & eleganter explicat Don. in *epist. ad Albert. Gent.* insertæ opusculis Donelli posthumis. Postremo cùm nullus alius conjunctionis in hac quæstione sit effectus, quàm ut jus accrescendi conjunctus habeat, cur si verbis conjuncti ab hoc jure removendi sunt, conjunctos tamen eos, non disjunctos, appellamus? Non obstat communi sententiæ, quod Celsus *l. & Proculo 20. de legat. 2.* respondit, servo communi quod legatum est, id si alter dominorum omitteret, alteri non accrescere. Nulla enim omnino in tali legato conjunctio est, ut ipsa textus verba evincunt, & ratio est, quia partes dominicæ semper pro inæqualibus habentur, fortuitumque est, quod æquales singuli habeant. At verò non est jus conjunctionis nisi inter eos, quos testator in eamdem rem conjunxit æqualiter. Magis obstare videtur *l. pen. de usuf. accr.* ubi minimè obscurè Papinianus pronuntiat, re separatos videri, quibus eadem res æquis portionibus relicta est. Loquitur quidem de usufructu ejusdem rei æquis portionibus legato; sed vel magis idem obtinere debet in simili casu legata proprietate; utpote quæ difficilius accrescit, quàm ususfructus, *l. 1. §. 3. d. tit.* Sed bene mihi videtur respondere Donellus, id quod in *d. l. pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum esse non de portionibus rei, cujus ususfructus relictus est, sed de portionibus singulorum hæredum à quibus relictus est: quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat, & planè confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento sequenti in hæc verba, *cùm alius ab alio hærede usumfructum vindicet.* Bene autem Papinian. negat, in hujusmodi specie legatarios in eamdem rem conjungi, cùm partes hæreditariæ prius divisæ sint. Bachovius *d. l. pen.* accipit de eo casu, quo dimidia singulis separatim seu diversis orationibus relicta est, sed hoc verbis Papiniani minimè convenit. In hæreditate huic quæstioni non est locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accrescendi ex dispositione juris proficiscitur, quod neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habeat, partem habere, partem repudiare permittit: & ideo portio occupata necessario vacantem ad se trahit: quamquam illud etiam in hæreditate quæri potest, ex pluribus diversi generis conjunctis quis cui præferatur. Reliqua per se quisque nunc facile expediet: plura tamen qui desiderabit, adire poterit DD. *in d. l. re conjuncti 89.* Gomez 1. *ref.* 10. Graff. §. *jus accrescendi.* Ant.Fab. *dec.* 49. & 50. Christin. *vol.* 1. *dec.* 312. & 2. *seq.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, Duar. Govean. Ant. Fumæum, Jo. Suev. Corn. Swanemb. D. Grotius *lib.* 2. *manuduct.* 23. scribit, apud nos in toto hoc argumento non usque adeo subtilitatem juris civilis attendi, sed ejus præcipuè rationem haberi, quod proprius abesse videtur à sententia & mente testatoris: idque æstimari non ex verbis tantùm & rei pretio, verùm etiam ex conditione & qualitate personæ tum testatoris, tum legatariorum. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accrescendi non est locus, *l. 57. §. ult. de usufr. l. 16. §. 2. de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis cessat jus alluvionis, *l. 16. de acq. rer. dom.* quod comparatur cum jure accrescendi, *l. 33. in fin. de usufr.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit, ut rectè Cujac.

TEXTUS.

Si legatarius proprietate fundi alieni sibi legati emerit, & ususfructus ad eum pervenerit.

9. *Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & ususfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat, rectè eum agere & fundum petere, Julianus ait: quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet; sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.*

NOTÆ.

9. *Quia ususfruct. servitutis locum*) Poterat objici, appellatione fundi plenam proprietatem contineri, *l. 10. l. 19. de usufr. leg. l. 58. de verb. obl.* R. in casu proposito eo verbo nudam dumtaxat proprietatem significari, ut ususfr. intellectu à fundo separetur, & tamquam servitus consideretur: quoniam proprietas, quæ adest ex causa onerosa adhuc abesse intelligitur, *l. 14. de verb. sign.* fac. *l. 25. eod.* junct. *l. 66. de judic.*

Jubeat æstimationem præstari) Judex tanti rem æstimabit, quantum actori aberit, *d. l. 82. §.* 2.

2. Itaque habemus hìc casum, quo condemnatio fit in rei petitæ æstimationem: quod interdum necessarium aut humanum.

COMMENTARIUS.

1 *Speciem hoc loco propositam pertinere ad doctrinam traditam* §.6. *sup.*
2 *Quæ sit hujus loci sententia, & quo colore defendatur?*
3 *Interpretum error circa ejus explicationem notatus.*
4 *Ant. Fabri opinio confutata.*
5 *Non esse novum, ut interdum condemnatio fiat in rei petitæ æstimationem.*

1 HIc locus, ut ex argumento intelligitur, subjungendus potius fuerat §. *si res aliena* 6. ubi dictum est, si res aliena legata ex alia causa ad legatarium pervenerit, interesse, utrum pervenerit ex causa onerosa, an ex causa itidem lucrativa: illo casu legatum non extingui, sed posse legatarium nihilominus actione ex testamento pretium consequi; hoc casu contra, legatum penitus evanescere, eo quod duæ causæ lucrativæ in eamdem rem & personam concurrere non possunt. Quod autem de toto ibi traditum est, id etiam valet in partibus, ut, si quis rei sibi legatæ partem unam ex causa onerosa, alteram ex causa lucrativa nactus sit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus est ex causa lucrosa, pro altera consistat, & pretium ejus consequi possit, *l. non quocumque* 82. §. 3. *de legat.* 1. Unde etiam si quis fundi sibi legati proprietatem emit, detracto usufructu, & ususfructus postea ad eum pervenit, puta mortuo fructuario aut capite minuto, atque ita ex causa lucrativa, perinde hoc habendum, ac si pars rei ex causa onerosa, pars sine onere ad eum pervenisset. Nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit; tamen quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtinere placet, *l. Mævius* 66. §. *pen. l. cum filius* 76. §. *dominus* 2. *de leg.* 2. *l. qui usumfructum* 58. *de verb. oblig.* Cæterum in hac specie nihilominus fundum rectè peti, nec plus quàm oportet, ea petitione contineri intelligi, tradit hìc Justinianus post Julianum in *d. l. non quocumque* 82. §. 2. *de legat.* 1.

2 *Rectè eum agere & fundum petere*) *Rectè*, id est, *impune*, *sine metu cadendi causa*; quæ pœna est eorum, qui plus petendo perperam agunt, §. *si quis agens* 33. *inf. de act.* Sensus igitur horum verborum est, posse legatarium agentem ex testamento cum hærede simpliciter intendere, fundum sibi dari oportere, etiamsi nudam dumtaxat proprietatem emerit, usumfructum adeptus sit gratis; neque hac intentione sua plus eum complexum videri debere, quàm oporteat. Fundum, inquam, ipsum, non διατίμησιν, æstimationem, ut male Theophil. & Pac. quod arguunt sequentia.

Quia usufr. in petitione servitutis locum obtinet) Poterat objici, immo perperam in casu proposito agere legatarium, ac re ipsa atque apertè plus petere, si simpliciter fundum petat; quippe appellatione fundi plenam proprietatem significari, *l.* 10. *l. si alii* 19. *de usuf. leg. l. qui usumfructum* 58. *de verbor. obligation.* ac proinde tanto plus, quàm oportet, eam petitionem complecti, quanto pluris æstimari constat plenam proprietatem, quam nudam, pro qua sola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Justinianus ait, usumfructum in proposita petitione servitutis locum obtinere. Quod paulo obscurius dictum hanc sententiam habet, eum qui fundum petit, etsi regulariter plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in casu præsenti fundi verbum sic accipi oportere, ut eo nuda tantùm proprietas designata intelligatur, seu fundus, quatenus petenti emolumento abest, ut ususfructus intellectu ab eo separetur, & ob id tamquam servitus in hac petitione considerari debeat, hoc est, ut nec petitus censeatur; cùm & alias, cùm ususfructus separatus est, appellatione fundi nudam proprietatem significari constet, *l. rectè* 25. *de verb. sign.* Hæc interpretatio cùm petitori necessaria sit, ne alioqui formula excidat, si eum plus debito intentione sua complexum dicamus, omnino hìc recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jubemur, quod petitori utile est, *l. si quis* 66. *de judic.* Scio, 3
longè aliter hunc locum ab aliis explicari: sic enim fere cæteri existimant, quod Justinianus hìc ait, legatarium rectè agere & fundum petere, id hanc habere sententiam, legatarium rectè, id est, strictæ rationi juris convenienter, ac proinde sine periculo amissionis causæ, fundum petere, ut ea petitione & proprietatem & usumfructum comprehendat, aut posse eum ipso jure petere solidi fundi æstimationem; & quod mox pro ratione Justinianus affert, usumfructum in ea petitione locum servitutis obtinere, id sic accipiunt, quasi dixisset, quia ususfructus non jure partis, sed servitutis in petitionem deducitur. Sed ego fateor, me hæc capere non posse. Neque enim intelligo, quo colore defendi possit, legatarium in proposito rationi juris conve-

venienter agere hoc modo : *Ajo, te mihi fundum Sempronii, legatum mihi à Titio, dare oportere*; ut hæc sit formulæ illius intentio, *Ajo, te mihi dare oportere & proprietatem fundi & usumfructum aut solidi fundi æstimationem*. Sive in ea intentione consideretur ususfructus ut consolidatus & conjunctus cum proprietate, sive ut à proprietate separatus & tamquam servitus. Nam si illo modo accipias, manifestum est, petitione id contineri, quod jam habet ex causa lucrativa, & ita obstare regulam juris, quæ non patitur, duas causas lucrativas circa eamdem rem & personam concurrere : si hoc modo, adhuc dico, id ipsum eum petere, quod sine onere habet, licet habeat sub alia qualitate : aut si tu neges, fatendum tibi erit, peti quod legatum non est. Immo verò nego, unquam eum, qui fundum petit, posse intelligi usumfructum jure servitutis petere. Quicumque enim fundum petit, eum necesse aut solidam proprietatem intelligere, *l. 5. in pr. si usufr. pet.* aut nudam, *l. rectè dicimus 25. de verb. sign.* Denique non rectè in specie proposita solidum fundum aut solidi æstimationem peti, satis apertè, ut mihi videtur, probat, quod apud Julianum in *d. l. non quocumque 82. §. 3. de legat. 1.* notat Marcellus; ait enim, si partem fundi alieni mihi legati redemero, pars mihi legata fit, aut donata, idem esse, quod in specie proposita à Juliano, & ideo me partem dumtaxat petere debere. Quibus verbis non obscurè innuit, nec in præcedenti specie Juliani solidum rectè peti : alioqui species, quam proponit Marcellus, ut similem Juliani, longè esset dissimilis. Ant. Faber *6. conj.* 8. nec hoc
4 quidem concedit, in casu proposito simpliciter fundum rectè peti, utut ea intentione nuda proprietas petita esse intelligatur; quoniam ait, nec apud Julianum, nec alibi hoc traditum, & quod meum est, amplius meum fieri non potest. Sed ut supra in §. *6.* ostendimus, quod ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, interpretatione juris perinde habetur, ac si non pervenisset, propter pretium, quod ei abest, *l. 14. de verb. sign.* & refellit Fabrum *l. ex promissione 19. de obl. & act.* ubi disertè Julianus scribit, eum, qui non ex causa lucrativa rem habere cœpit, non prohiberi eamdem ex causa lucrativa petere : tum etiam manifestè locus Marcelli modo citatus. Nam si partem fundi, quam ex causa onerosa consecutus sum, rectè peto, cur prohibear proprietatem petere, quæ ex tali itidem causa apud me est? Cætera, quæ eodem loco Faber adversus hanc sententiam & adversus ipsum adeo Tribonianum disputat, assis non æstimo.

Sed officio judicis continetur, &c.) Quamvis 5
ratio judicii hoc exigat, ac proinde regulare sit, ut condemnatio fiat in rem ipsam, quæ petita & in judicium deducta est, *l. ut fundus 18. com. div.* evenit tamen nonnunquam, ut necesse sit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem: veluti si res petita culpa debitoris aut post moram perempta sit, *l. si ex legati 23. de verb. obl.* item si res aliena, quæ petitur, domino venalis non sit, aut venalis quidem, sed immenso pretio, *l. 14. §. ult. de legat. 3.* vel si ea ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, *l. ex promissione 19. de obl. & act. l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. de legat. 1. §. si res 6. sup. eod.* Idemque est, si creditor partem, quam ex simili causa nactus est, petat, *l. non quocumque 82. §. 3. de legat. 1.* in casu proposito, ubi fundo alieno legato fundi proprietas, quæ ex causa onerosa apud legatarium est, petitur, *d. l. non quocumque 82. §. 2.* Hic igitur judicis officio incumbit, ut reum condemnet, non in rem petitam, puta ut fundum præstet deducto usufructu; nam proprietatem fundi jam revera petitor habet : sed ut præstet fundi deducto usufructu æstimationem; hoc est, ut tantam pecuniam legatario det, quantum ille venditori pro fundi nuda proprietate persolvit. Julianus hoc sic expressit, *Judex tanti litem æstimabit, quantum actori aberit, d. l. non quocumque 82. §. 2.*

TEXTUS.

De re legatarii.

10. *Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum; quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa res, nec æstimatio ejus.*

NOTÆ.

10. *Licet alienaverit eam*) Propter definitionem regulæ Catonianæ, *d. l. 41. §. 2.* cui obstat, *l. 1. §. 2. de reg. Cat.* nisi dicamus verbis illis, *si eum vivo testatre alienaveris*, conditionem significari, ad cujusmodi legatum regula non pertineat, *l. 3. & 4. eod. l. 98. de cond. & dem.*

COMMENTARIUS.

1 *Celsum videri à cæteris dissensisse circa casum, quo legatarius rem suam sibi legatam vivo te-*

testatore alienaverit : tentatur tamen conciliatio.

2 *Quomodo temperandum quod dicitur rem suam nemini rectè legari.*

SEd si) Particula hæc videtur arguere, hunc §. esse appendicem disputationis habitæ in §. *præc. & §. si res aliena. 6. eod.* Nam ut illic tractatur de re, quæ post testamentum conditum legatarii propria facta est; ita hic de ea, quæ jam ejus est tempore scribendi testamenti. Quid servari placeat, si res, quæ legatarii propria est, non ipsi legatario, sed alteri legata aut potius per fideicommissum relicta sit, docebitur *inf. §. 1. de sing. reb. per fideic. relict.* Hic illud quæritur, an utile sit legatum, si quis legatario ipsi rem, quæ jam ejus est, legaverit. Ait autem Justinianus, tale legatum inutile esse, propterea quod fieri non potest, ut quis duabus ex causis dominium acquirat, *l. 3. §. ex pluribus. 22. de acq. poss.* qua ratione nec stipulatio rei suæ, nec emptio valet, *l. nemo. 82. de verb. obl. l. 16. de contr. empt.* Idem rescriptum est in *l. propriis. 13. C. de legat.* & responsum ab Ulpiano *l. cætera. 41. §. de legat. 1.* Quamobrem nec res nec æstimatio rei in proposito peti poterit, ut est *in fin. bujus §.*

Et licet alienaverit eam) Ampliatio superioris definitionis. Etsi is, cui res sua legata est, eam post testamentum factum & vivo etiamnum testatore alienaverit, nihilo tamen magis legatum convalescit. Quod sumptum ex definitione regulæ Catonianæ, quæ non patitur, legatum ex postfacto convalescere, quod initio vires non habuit, *l. 1. in pr. de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulp.
1 *d. l. cætera. 41. §. 2.* Aliud tamen Celsi judicium fuisse, eumque in hac quæstione dissensisse à cæteris, existimant Cujac. Hotom. Bachov. per *d. l. 1. §. 2.* ubi sic Celsus scribit: *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debebitur. Quod non deberetur si testator statim decessisset.* Et sanè locus ita scriptus est, ut parum absit, quin idem sentiam. Sed tamen videamus, quid obstet, quominus verba illa, *Si eum vivo testatore alienaveris*, dicamus esse testatoris, non Jurisconsulti, & posita conditionaliter. An quia tum diverso charactere scribenda fuerant, uti mos est Jurisconsultorum, quoties verba testamenti aut stipulationum recitant? At hoc negligi potuit à librario: nec perpetuo observatur, *l. si stipulatus. 76. in pr. & §. 1. de verb. obl. l. 1. §. in honorariis. 10. de extraord. cognit.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet? *l. 4. de reg. Cat. d. l. cætera 41. §. 2. de legat. 1.* ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati à Celso proponi tamquam exceptio regulæ, in quo definitio Catonis falsa sit. Atqui etiam præcedens species in *§. 1. d. l. 1. eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipsum à eadem regula Celsus excepit. Denique difficulter adduci possum, ut credam, in diversis Jurisconsultorum sententiis aut Ulpianum aut Celsum suam simpliciter prompturos fuisse, quasi in re certa minimèque dubia. Sed tamen inquies, fatendum tunc erit, inepte Celsum facere, quod excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu, æquè ineptè & prius exemplum à Celso excipi. Verùm ego puto, quod nescio, an quisquam alius animadvertit, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species, quas proponit, quasi hæ etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia cùm conditio in utraque specie adscripta talis sit, ut deficiat, si statim testator decedat, si longiusculè vivat, impleri possit, fieri utroque casu potest, ut contra quàm regula definit, legatum, quod non valuisset, si statim decessisset testator, valeat, si diutius vixerit. Ad cætera autem legata conditionalia
nec verba regulæ pertinent. Cæterum meminerimus quod initio dictum est, rem suam nemini rectè legari, sic accipiendum esse, primum si ea res perfectè legatarii sit; hoc est, ita ut avocari nequeat. Nam si rem ex bonis ejus, qui reipub. causa aberat, usu acquisierim, & ea antequam evinceretur, mihi legata sit, postea evincatur, rectè ex testamento petam, eam mihi dari oportere, *l. non quocumque. 82. §. 1. de legat. 1.* Deinde si res legata legatarii sit pleno jure: nam si quid juris in ea re aut testator aut alius habet, placet valere legatum, & utile esse in eo, quod juri legatarii deest. Pone, emphyteusim, superficiem, aut pignus testatori aut alii in re legatarii constitutum; rectè ea legatur, & proficit legatario legatum in eo, quod juris alieni fuit, *l. senatus. 43. §. ult. l. si domu. 71. §. pen. l. si tibi. 86. in pr. & §. ult. de legat. 1. l. 1. §. 1. de lib. leg.* Nec dubito, quin idem dicendum sit, si alius in ea re usumfructum habeat, *arg. l. cum filius. 76. §. 2. de legat. 2.* licet dissentiat Accurs. propter textum in *l. Mævius. 66. §. pen. in fin. de legat. 2.* Quo in loco vitiosè legitur *propter istas causas*, cùm legendum sit *præter*, ut bene Cujac. *lib. 5. ad Afric. in l. etsi. 25. de vulg. & pup. subst.* observavit. Et nonnullis in exemplaribus legi tes-

testis est Donell. 8. *comm.* 11. In quibusdam editionibus *præter* in margine adscriptum vidi. Postremo si nec ea res testatori debita sit; nam debitori quod debet, rectè legatur, licet dominus ejus rei sit, *l. 1. in. pr. de lib. leg.* vid. *inf.* §. *si quis debitori.* 13. Vinn. Sed in dubio facile vincit lectio Florentina. Videtur hic sensus esse. Dixerat Papinianus, fundo legato etiam usumfructum rectè peti, itemque tuendum fundum, si oppignoratus sit, præstandam possessionem, si alius possideat. Ne quis autem existmaret, idem etiam locum habere, si res nostra nobis legata sit, addit; *Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas caussas non valebit.* Id est, uti rectè interpretatur Olvv. Hilliger. *Donell. Enucl. Lib. 8. cap. 2.* non licebit ex superioribus argumentum ducere. Et hinc assentiri non dubito Accursio. Inter pignus enim & usumfructum multum interest. Rem meam oppignoratam recipere non possum, nisi soluto ære alieno: ususfructus ad me redit, mortuo usufructuario, vel ex aliis causis. Hein.

Textus.

Si quis rem suam quasi non suam legaverit.

11. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quàm quod in opinione. Sed & si legatarii esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.*

Notæ.

11. *Plus valet, quod in veritate*) Ratio hæc potius ad casum sequentem pertinet: nam hoc priore casu etsi verum esset, alienam rem legatam esse, tamen legatum valeret: quoniam si suam esse testator scivit, multo facilius eam legasset, per ea, quæ *sup.* §. 4. *eod.*

Commentarius.

1 *Male ad priorem speciem hujus §. accommodari regulam*, Plus valere, quod in veritate, *&c. & qua ratione isto casu sustineatur legatum.*

2 *Prædictam regulam pertinere ad casum posteriorem, atque eos actu tantùm, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit, in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

Supra §. 4. audivimus, si testator rem alienam suam eam esse putans, legaverit, legatum non valere, nisi singulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegesi posita & declarata. Quod si quis rem hæredis legaverit, quam existimabat suam esse, Papinianus docet utile esse legatum, *l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. Hìc ex con verso docemur, quid juris sit, si testator rem suam legavit quasi alienam: item quid si legavit suam, cùm crederet eam esse legatarii, placere autem, utroque casu valere legatum. Et valebit igitur vel magis, si suam rem legaverit quasi hæredis, *arg. d. l. unum.* 67. §. *si rem.* 8.

Nam plus valet, quod in veritate, &c.) Puto 1
rationem hanc, quod præter Bachovium nemo animadvertit, male accommodari ad hunc priorem hujus §. casum, & omnino pertinere ad sequentem, cùm quis rem suam quasi legatarii legavit. Nam non rectè hìc dixeris, ideo valere legatum, quia contra quàm opinabuntur, verum est, testatorem rem suam legasse, quoniam etsi opinionem attendas; aut quod opinabatur verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Et verò in promptu alia ratio, ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstet legato; nimirum quoniam, si alienam rem credens, eam nihilominus legavit, hæredem que suum onerare voluit alienæ rei redemptione, multo magis eam legaturus fuisse præsumitur, si scivisset suam esse *d. l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2.

Sed & si legatarii esse putavit, valere constat) Ad hunc casum rectè accommodabimus regulam, *Plus valere, quod in re & veritate est, quàm quod in opinione.* Nam si hic opinionem spectari placeret, nullum esset legatum, quia quod legatarii est, inutiliter ei legatur, §. *præc.* Est autem regula ista ex earum genere, quæ ad certos dumtaxat casus & actus pertinent: locum enim tantùm in iis habet, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit id, in quo errat. Ut ecce, in casu proposito falsa testatoris opinio non impedit, quominus rem suam legare potuerit: neque etiam quominus velle eam legatam existimari debeat; nisi quis dicat, quotiescumque res sua legatario legatur, ideo legatum non valere, quia animus legandi desit: quod verum non est. Neque enim ideo tale legatum inutile, quia voluntatem legandi testator non habuit: sed quia voluntas ejus effectum sortiri non potest, cùm quod alicujus jam est, id ejus amplius fieri non possit, §. *præc.* Hæc verò ratio cùm cesset, si non legatarii, quod testator falso existimabat, sed ipsius testatoris res esse depre-

hen-

hendatur, cessare quoque debet ista dispositio. Quod & ipsum Justinianus non obscurè significat, cùm ita infert, *quia exitum voluntas defuncti habere potest*. Ejusdem generis exempla, atque ad ea eamdem hanc regulam applicatam videmus in *l.* 4. §. 1. *de man. vind. l. pen.* §. *qui ignoravit* 4. *de jur. & facti ign.* In iis verò actibus, qui ab animo æstimantur & pendent, certumque propositum gerentis requirunt, cujusmodi sunt aditio & repudiatio hæreditatis, contraria regula probata est, placetque, plus valere, quod est in opinione, quàm quod in veritate, *l. is qui* 15. *& l. seq.* junct. *l. qui hæreditatem* 19. *de acq. hær.* nimirum quia in his error impedit quominus fiat, quod fieri verè poterat, si quis sciret, quod in re est; ac proinde quod verum est, procedere non sinit. D. Hotomannus sic generaliter definit, *in errore facti prævalere veritatem; in errore juris plus posse opinionem*. Quod ego falsum esse puto. Nam etsi testator rem suam tamquam legatarii in jure errans legaverit, valebit haud dubiè legatum: è contra si in facto errans rem legatarii legaverit tamquam suam, non valebit: ut proinde & in errore juris plus interdum valeat veritas, & in errore facti plus opinio.

TEXTUS.

De alienatione & oppignoratione rei legatæ.

12. *Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri; & ideo legatarium cum hærede ejus agere posse, ut prædia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnino debetur: pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.*

NOTÆ.

12. *Si non adimendi animo*) Quod colligitur ex causa alienandi: nam si ea necessaria fuit, puta ex causa æris alieni, non creditur animo adimendi facta alienatio, *l.* 11. §. 12. *eod.* 3. si libera fuit, contra. Quomodo accipiendi textus in *l.* 8. *eod.* 1. *l.* 15. *de adim. leg. l.* 1. *&* 3. *de pecul. leg. &c.* aut si donaverit, nam in donationem non cadit istiusmodi distinctio, *l.* 18. *de adim. leg. l.* 34. *in fin. de aur. arg. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus ex rebus conjiciatur, utrum res legata adimendi legati causa alienata sit, necne?*
2 *Responsum quoddam Scævolæ cum aliis loci conciliatum.*
3 *Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum.*

PErtinet hic locus ad *tit. seq. de ademp. leg.* est enim rei legatæ alienatio species tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert, recedere à priore voluntate videtur. Cæterum quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hìc oriri voluntatis quæstio, an res adimendi legati animo alienata sit, necne, ut si non sit, legatum adhuc peti possit. Quod hìc docet Justinianus.

Si non adimendi animo) Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Ex causa nimirum alienandi, quæ si libera planè fuit, id est, si testator nulla necessitate compulsus rem alienaverit, puta donaverit, aut cùm necesse non erat vendiderit eam, animo adimendi id eum fecisse creditur, *l. rem legatam* 18. *legatum* 24. §. 1. *de adim. leg.* at de hoc casu accipiendi textus in *l.* 8. *pr. de legat.* 1. *l. cum servus* 15. *de adim. leg. l.* 1. *&* 3. *seqq. de pec. legat.* §. *si quis ancillas* 17. *inf. item l.* 6. *de legat.* 1. Falluntur enim, qui putant, hac in re quicquam interesse inter legatum purum & conditionale. In quo errore etiam Mynsingerus est. Quod si causa alienandi necessaria fuit, id est, si testator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris necessitate, hìc contra creditur id animo adimendi legati ab eo factum non esse: & ideo legatum peti potest, nisi probetur, etiam in hac necessitate adimere ei testatorem voluisse. Probatio autem mutatæ voluntatis hìc ab hæredibus quamvis reis, exigitur, *l.* 11. §. *si rem.* 12. *de legat.* 3. quoniam præsumptio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguendi legati causa alienare, qui etiamsi maximè legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Cæterum distinctioni propositæ non parum obstare videtur responsum Scævolæ in *l. prædia.* 27. §. *liberto.* 3. *de instr. legat.* Patronus liberto, quem ex parte hæredem scripserat, per præceptionem fundum legavit cum instrumento, & his, quæ in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat, Jurisconsultus sine dis-

diſtinctione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus teſtator vendiderat, & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex cauſa præceptionis pertinere, niſi contrariam voluntatem hæredes aprobant. At vero ſi alienatio extra cauſam neceſsitatis facta argumentum eſt mutatæ voluntatis, dicendum erat, id vinum pertinere ad cohæredes, niſi de contraria voluntate doceat libertus. Reſpondent nonnulli, in ea ſpecie Scævolæ venditionem vini factam ante factum teſtamentum. Ego magis Ant. Fabro aſſentior, qui *lib. 1. conj. 6.* reſpondet, non debere videri adhuc alienatum vinum, quoad effectum ademptionis legati, quod nondum traditum eſt; & maximè cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei ſatisfactum eſt, *arg. l. quod vendidi 19. de cont. empt. §. vendita 41. ſup. de rer. div.* Planè pro qua parte pretium teſtator accepit, difficile dictu eſt, eam quoque partem legato præceptionis contineri: & ego dixerim, petentem pro ea parte exceptione ſummovendum eſſe.

Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt) Neque reſponſum Celſi extat, neque hoc Impp. Severi & Antonini reſcriptum. Fuiſſe tamen quod hìc traditur, recepti juris, patet ex *l. rem legatam 18. de adim. leg.* junct. *l. fideicommiſſa 11. §. ſi rem 12. de legat. 3.*

Qui prædia pignori dedit, ademiſſe legatum non videri) Pignoris datio etſi propriè alienatio non eſt, quippe cùm res pignori data in dominio debitoris manet, eique ſoluto debito reſtituenda ſit, tamen pro ſpecie alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non al.* Cæterum ipſum nomen pignoris ſatis indicat alienationis neceſsitatem: neque enim pignus dari ſolet niſi ab eo, qui neceſsitate adductus eſt. Ut proinde rectè & ſuperiori ſententiæ convenienter Impp. Severus & Antoninus reſcripſerint, eum, qui rem legatam oppignorat, adimendi animo hoc facere non videri; ſive ut ipſi loquuntur, *non videri voluntatem ſuam circa legatarii perſonam mutare.* Extat reſcriptum in *l. 1. C. de legat.* Enimverò audiendum nihilominus hæredem exiſtimem, ſi paratus ſit oſtendere, animo adimendi rem à teſtatore pignori datam.

Cum hærede agere, ut prædia luantur) Hoc eſt, ut hæres de ſuo tantam pecuniam creditori ſolvat, in quantam prædia obligata ſunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præſtet, *d. l. 1. C. hoc tit.* quod tamen accipiendum eſt ſecundùm diſtinctionem traditam ſub *§. ſed & ſi 5. eod.*

Si verò quis partem rei alienaverit, &c.) Hoc omnino præcedentibus eſt conſequens: nam quod juris eſt in toto quoad totum, idem etiam valere debet in parte quoad partem, *l. quæ de tota 76. de rei vind. l. 82. §. 3. eod.* Et ideo ſi pars tantùm rei legatæ alienata ſit, pars, quæ non eſt alienata, ſemper debetur, *l. 6. l. 8. in pr. de legat. 1.* quæ alienata eſt, debetur, aut non debetur, prout eam animo adimendi aut non adimendi alienatam eſſe conſtabit.

TEXTUS.

De liberatione legata.

13. *Si quis debitori ſuo liberationem legaverit, legatum utile eſt: & neque ab ipſo debitore, neque ab hærede ejus poteſt hæres petere, neque ab alio, qui hæredis loco ſit. Sed & poteſt à debitore conveniri, ut liberet eum. Poteſt etiam quis vel ad tempus jubere, ne hæres petat.*

NOTÆ.

13. *Neque ab hærede*) Niſi legatum perſonæ debitoris cohæreat, *l. 8. §. 1. de lib. leg.*

Petere) Cum effectu ſcil. quia petens exceptione doli repelli poteſt: ipſo enim jure legato liberationis non diſſolvitur obligatio, *dict. l. 3. §. 3.*

Ut liberet eum) Nempe per acceptilationem, *d. l. 3. §. 3. l. 22. eod.*

Ad tempus) Cujus legati quæ ſit vis, diſce ex Pomp. *l. 8. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Liberationem debitori jam certo jure rectè legari.*
2 *Quis liberationis legatæ effectus?*
3 *Quis ejus legati, quo damnatur hæres ad tempus non petere?*

Quod Titius mihi debet, id & Sempronio rectè lego, & ipſi Titio debitori meo. Illud legatum eſt, quod dicitur nominis, de quo plura *inf. ſub §. tam autem 21. eod.* hoc, quod appellatur liberationis, deque hujus legati effectu agitur in præſenti §. Reſpondet *tit. Pand. de lib. leg.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Itaque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l. 3. §. 1. d. tit. facit l. qui chirographum 50. de legat. 3. l. ſi ſervum 44. §. cum 5. de legat. 1.*

Legatum utile eſt) Liberationem debitori poſſe legari, jam certum eſt, ait Juriſconſultus 1

tus in *l.* 3. *pr. de lib. leg.* quæ verba arguunt, id aliquando controversum fuisse. Cur verò fuerit, significare videtur idem Jurisconsultus *l.* 1. *pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea quæ debent, rectè legari, licet domini eorum sint. Quippe nostrum propriè non est, quod est in credito, *l.* 27. §. 3. *l.* 34. *de aur. arg. leg.* Bohet. *in Top. Pecunia, quæ est in nominibus, non est nostra.* Ex eo enim suspicari licet, fuisse antea, qui negarent ipsi debitori, quod debet, rectè legari: quia scilicet nemini res suas legari potest. Sed eorum opinio merito explosa est: nihil enim quod debitoris sit, hoc legato contineri intelligitur, sed jus tantùm quod creditor habet, seu obligationem debitumve remissum.

2 *Neque ab ipso debitore*) Legato liberationis non dissolvitur ipso jure obligatio, aut protinus ipso jure debitor liberatur: sed potest liberationis sibi legatæ fructum duplici ratione consequi, excipiendo, si debitum hæres petat; si non petat, ultro ex testamento agendo, ut liberetur, *l.* 3. §. *nunc* 3. *l. quod mihi* 22. *de l. legavi* 25. *in pr. eod.* Quamobrem quod alibi dicitur, hæredem petere non posse, *l.* 2. §. 1. *l. si quis* 15. *eod.* & hoc ipso in textu, id sic accipiendum est, non posse eum petere efficaciter: nam petentem exceptione doli mali repelli.

Neque ab hærede ejus, neque ab alio, qui hæredis loco) Qualis est bonorum possessor, & is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est. Interdum tamen effectus hujus legati intra personam solius debitoris consistit, veluti si quis ita dixerit, *Hæres meus à solo Lucio Titio ne petito*: vel, *A Lucio Titio, quamdiu vivit, hæredem meum petere nolo.* Quoties enim legatum cohæret personæ legatarii, ad hæredem ejus non transit; sicut nec ullum aliud jus personale ad hæredem transmittitur, *l.* 8. §. 3. *l. Aurelius* 20. *eod. tit.*

3 *Ad tempus jubere, ne hæres petat*) Potest hæres damnari, ut ad certum tempus non petat. Cujus legati hic effectus est, ut hæres intra id tempus petens à debitore hæredeve ejus exceptione summoveatur. Cæterum debitor agere non potest, ut liberetur, *d. l.* 8. §. 1. nec per acceptilationem, quoniam acceptilatio in perpetuum obligationem tollit; nec pacto quod exceptionem perpetuam parit, cùm temporalem tantùm ex testamento habeat. Ut autem hæres paciscatur cum debitore, ne intra id tempus petat, intra quod testator peti vetuit, ne hoc quidem requirendum est, quia debitori inutile, nihil amplius in eum conferens, quàm jam habet, exceptionem scilicet temporalem. VINN. Quin & is præcipuus hujus legati effectus est, quod interea usuræ promissæ non debentur, *l.* 88. *ff. de R. J. l.* 117. *ff. de V. O.* HEIN.

TEXTUS.

De debito legato creditori.

14. *Ex contrario si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum: si nihil plus est in legato, quàm in debito: quia nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei purè legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit; quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, à qua incipere non potest.*

NOTÆ.

14. *Si nihil plus in legato*) Nam ut legatum consistat, necesse est in eo aliquid utilitatis ab initio versari, *l.* 29. *de leg.* 1. *l.* 1. §. 10. *ad leg. Falc.* Alias non ex testamento agitur, sed ex pristina obligatione, *ὡς χρέος ἀπαιτεῖται*, Schol. Theophil.

In diem, &c.) Vel si alio quocumque modo accidat, ut plus sit in legato, quàm in debito, *v. l.* 28. *& seq. de leg.* 1. aut creditoris intersit, ex testamento potius agere, quàm ex pristina obligatione, *l.* 11. *de lib. leg.*

Quia in eam causam pervenerit) In hac sententia videtur & Paulus fuisse, *l.* 82. *eod.* 2. qui tamen alibi fatetur, novum non esse, ut quod semel utiliter gestum est, duret, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuisset, *l.* 85. §. 1. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quot modis accidat, ut plus sit in legato rei debitæ, quàm in debito?*
2 *Taxatur Ant. Fabri nimia confidentia.*
3 *Quando locus sit regulæ.* Quod semel utiliter constitutum est, durare, licet ille casus extiterit unde incipere non potuisset? *& quando locus regulæ contrariæ?*
4 *Pauli à Papiniano dissentientis sententiam à Justiniano improbari.*
5 *Jure C. & Inst. vix esse, ut non sit plus in legato, quàm in debito.*

UT consistat legatum, necesse est in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio versari, quemadmodum sub §. 4. generaliter de-

definivimus, ex quo judicandum de legato, quod hic proponitur, si quis creditori suo quod debet legaverit; ut scilicet, si nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarius capere possit, uti non potest; si nihil amplius est in legato, quàm in debito; legatum non valeat: sin verò emolumenti quid contineat, aut quacumque ratione plus in legato sit, quàm in debito, utile sit legatum, *l. si creditori. 28. cum l. seq. de legat. 1. l. Mævius. 66. de legat. 2. l. legavi. 25. sub fin. de lib. leg. l. 1. §. si quis. 10. ad leg. Falcid.*

In diem vel sub conditione debitum purè legetur) Hæc exempli tantùm causa proferuntur: nam longè pluribus modis, quàm his duobus accidit, ut plus sit in legato rei debitæ, quàm in debito; & totidem modis fit, ut legatum sit utile. Videamus ergo, quot modis id fiat.

1 Ut plus in legato sit, quàm in debito, primum efficitur debiti repræsentatione, puta si id quod sub conditione aut in diem debetur, purè legetur: sic enim fit ut in legato plus sit tempore, *l. sin autem. 29. de legat. 1. & hoc text.* Secundo si quod loco longinquiore aut minus commodo debebatur, legetur loco citeriore aut commodiore: hoc enim loco plus est in legato, quàm in debito, *d. l. 29.* Tertio ut plus sit in legato; sæpe efficit nova actio ex testamento; nempe si ea vel efficacior sit vetere, vel plenior. Efficacior est, si vetus removeri poterat, exceptione: quæ exceptio legato debito remissa creditori intelligitur, *d. l. 28. de legat. 1.* Plenior est, si vel diuturnior, ut si vetus actio est honoraria; ubi ideo legatum valet, quia honoraria actio sæpe temporaria, ex testamento civilis est & perpetua, *d. l. 28.* vel alias uberior; ut est actio ex testamento, quamvis alia actione stricti juris, propter incrementum usurarum & fructuum, *l. 3. l. usuræ. 34. junct. l. videmus. 38. §. si actionem. 7. de usur. l. 3. C. eod.* proinde si id, quod ex stipulatu debebatur, legatum fuerit creditori, legatum utile est, *d. l. 28. §. 1.* Et generaliter toties valet hoc legatum, quoties creditoris interest, ex testamento potius agere, quàm ex pristina obligatione. *l. 11. de lib. leg.* Erratque adeo perspicuè Vvesemb. cùm negat, ex eo solo videri plus esse in legato quàm in credito, quod nomine legati pinguor actio sit. Sed & in eo nonnihil commodi est, quod specie à debitore eodemque domino legatæ dominium statim in creditorem transeat, & pro sola actione personali etiam in rem habere incipiat, *l. 3. §. 2. de legat. 3.* Cæterum etsi hæc legata ob commoditatem novæ actionis sustinentur; quia tamen hæreditatem non minuunt, neque ipsa minuuntur lege Falcidia, nec in his creditoris legatarii fideicommitti potest, *d. l. 28. §. 1. d. l. 3. §. 2.* Ubi verò commodum est repræsentationis, pro modo istius commodi Falcidia inducitur, & fideicommissum valet, *l. 1. §. si quis 10. ad. leg. Falc. l. 2. de dot. præleg.* Si exceptio metuebatur creditoris, fideicommitti potest, *l. 7. §. ult. de legat 3.* Vinn. Potest & eatenus pinguius videri legatum, quam debitum quod quum ex hoc actio dumtaxat personalis competat, ex legato etiam nascitur actio hypothecaria, ob hypothecam legatario competentem in rebus defuncti, *l. 1. C. comm. de legat.* Hein.

Propter repræsentationem) Id est, quia ex testamento præsenti die debetur. Repræsentare est ante diem aliud præstare aut solvere, vel antequam aliquid debeatur solvere. Sueton. *August. c. ult. l. 1. §. 2. de dot. præleg. l. Publius. 36. §. 1. de cond. & dem.* Cicero *epist. ad fam. lib. 16. ep. 14. Dies promissorum adest quem etiam repræsentabo, si adveneris.* Seneca *epist. ad Lucil. 95. Petis à me, ut id, quod in diem suum dixeram debere referri, repræsentem.* Gloss. *ver. repræsentare* *is παραυτίκα ποιεῖν repræsentatio, ἰμπαραυτικασμός. Theoph.* omnemque accelerationem significat; ut in illis Ciceronis: *repræsentare improbitatem, lib. 16. ad Attic. epist. 2. repræsentare libertatem, 2. Philipp. cap. 46.* Sic Curtius *lib. 6. cap: 11. repræsentare consilium* dixit pro *ante diem exequi.*

Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum) Scilicet ut nihilominus id totum, quod debetur, jure legati peti possit: non ut in eo Falcidiæ adhuc locus sit, aut fideicommissum creditori impositum exigere liceat; utpote sublata jam utilitate repræsentationis, quæ sola legi & oneri locum facit. *l. 1. §. si quis. 10. ad l. Falcid. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. præleg.* Quod visum monere propter confidentiam Anton. Fabri, qui *lib. 4. conj. 12.* contra manifestam & auctoritatem juris & rationem affirmare ausus est, etiam in hoc nostro casu, cùm dies venit, aut conditio extitit, & Falcidiæ locum dari, & fideicommissum deberi. Falso nimirum ille contendit, cùm dies aut conditio legatum facit. Falcidiam non in commodo repræsentationis dumtaxat, sed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommisso gravari posse, temere id colligens ex verbis Papiniani in *l. 5. ad leg. Falcid.* eumque cum Paulo in *d. l. 1. §. si quis. 10. eod.* & Ulp. *in d. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. præleg.* qui id disertè negant, nulla necessitate committens. Utique nec 2

nec rationi convenit, ut Falcidiam patiatur legatarius creditor, aut fideicommissum præstet, qui ex legato præter commoditatem novæ actionis nihil consequitur, nullumque omnino commodum in re sentit, *fac. l. si creditori* 28. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Extat responsum Papiniani *l.* 5. *ad leg. Falc.*

Existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam &c.) Hic iterum, ut *sup.* §. 11. occurunt duæ regulæ contrariæ, quarum una definit, *Quod semel utiliter gestum est, durare, etiam si ille casus extiterit, à quo initium capere non potuisset.* Altera contra, *Negotium extingui, cùm is casus postea incipit, unde incipere non poterat.* Hæ duæ propositiones, ut constat, non possunt simul esse veræ simpliciter & in universum. Immo neutra earum perpetua est, aut
3 vera in omnibus causis, *l. in ambiguis.* 85. §. 1. *de reg. jur. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* In negotiis omni ex parte perfectis, id est, quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio, nunquam ea, quæ utiliter sic gesta & consummata sunt, infirmari ob eam causam, quod ille casus evenerit, à quo consistere non poterant. Idque & apud omnes nunc in confesso est, & semper constitit; exempla suppetunt *l.* 8. *de his qui sui vel al. jur. l. oratione.* 16. §. *ult. de rit. nupt. l. donationes.* 31. *in pr. de don. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* Quod si negotii gesti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hìc aliud atque aliud pro conditione casus postea incidentis placet. Nam si quod postea intervenit, tale sit, ut impediat, quominus negotium rectè cœptum ad finem perducatur, placet, quod ante gestum est, resolvi: si non impedit, durare quod bene gestum est, exitumque suum sortiri. Ut ecce, testamentum, legata, fideicommissa, etiamsi ab initio utiliter constituta sint, non statim tamen ita plenè perficiuntur, ut nihil amplius ad consummationem voluntatis desideretur: reliquum enim adhuc est, ut hæres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, eum, qui testamentum jure fecerat, capite postea minutum esse, servum scilicet factum, aut deportatum, aut ademptum. Dicimus, irritum fieri testamentum; nempe quia superveniente servitute, deportatione, adrogatione, conditio personæ testatoris sic mutatur, ut testamentum habere non posit, ac ne hæredem quidem omnino, §. 4. *sup. quib. mod. test. inf. l.* 6. §. *irritum.* 5. *& seqq. de injust. rupt. l.* 8. §. 1. *& seqq. qui test. fac. l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* Finge, servo alieno quid legatum esse, cumque servum postea à testatore redemptum; dicimus similiter, legatum extingui, quia id quod accidit, impedit ne legatum exitum habere posit, *l.* 3. §. *ult. de his quæ pro non script.* Ejusdem generis exempla occurrunt, *l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *de verb. obl.* §. 2. *inf. de inut. stip.* §. *pen. inf. de noxal. act. l. falsus.* 43. §. *ult. de furt. l. pro parte.* 11. *de servit. l. si i me.* 11. *de judic. l. huic scripturæ.* 15. *in fin. junct. l. seq. ad leg. Aquil.* Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorem aliamve mentis abalienationem, aut amisisse facultatem audiendi, loquendive, aut bonis ei interdictum. Hìc contra dicimus, testamentum, quod antea rectè factum erat, nullo horum casuum infirmari; quippe quia nec furor interveniens, nec auditus sermonisve amissio, nec bonorum adempta administratio impedit, quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hæreditas cæteraque relicta obtineantur, utpote statum & fortunas suas testatore retinente, §. 1. *&* 2. *seqq. sup. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. §. 1. *l. is cui.* 18. *qui test. fac.* fuse Don. post. DD. vulg. in *d. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* Cæterum non idem 4
omnes in omni ejusmodi specie sensisse apparet ex *l. existimo.* 98. *de verb. obl.* Atque in casu hìc proposito, cùm quis quod in diem aut sub conditione debebat, creditori suo purè legavit, & vivente testatore dies supervenit aut conditio extitit. Paulus in *l. debitor.* 82. *de legat.* 2. apertè dissentit à Papiniano in *l.* 5. *ad leg. Falc.* Si demum jam mortuo testatore dies venerit, aut impleta sit conditio, concedit Paulus durare petitionem legati; si vivo adhuc eo, ait legatum inutile effici, quamvis ab initio constiterit. Contra Papinianus etiamsi vivo testatore dies venerit, &c. utile esse hujusmodi legatum scribit, quia semel constitit. Paulus igitur ad jus hujus legati requirit, ut etiam antequam dies aut conditio existat, testator mortuus sit: Papinianus unum tantùm hìc tempus testamenti spectandum, atque ex eo de vi & jure relicti statuendum, existimat, quod consentaneum videtur regulæ Catonianæ. Papiniani sententiam rejecta Pauli Justinianus hìc amplexus est. Tota disputatio hujus §. 1. quod Compositores ipsi non animad- 5
verterunt, hodie inutilis pæne & supervacua videtur: vix enim est, ut legatum debiti jam non sit utile creditori, postquam Justinianus etiam actionem hypothecariam legatariis dedit, & jus taciti pignoris in bonis defuncti, *l.* 1. *C. comm. de legat.* ut proinde uno tantùm casu nunc accidere posit, ut legatum rei debitæ nihil utilitatis contineat, videlicet quando le-

ga-

gatarius creditor etiam extra causam legati jus pignoris habet, constitutum sibi jam ante vel à debitore, vel à lege, ut in specie §. proximè sequentis. VINN. Nemo hanc rem accuratius tractasse videtur Viro eximio, Jac. Gothofredo in *Comment. ad l. 85. §. 1. ff. de R. J. p. 391.* ubi regulas has ita conciliat: 1. *Quæ ex præsenti vires capiunt, quæque non tantum ab initio semel constiterunt, verùm etiam utiliter constituta sunt, quorumque DIES utiliter ante casum existentem CESSIT, ea durant, etsi casus extiterit, à quo initium capere non possent*, nisi rei aut personæ statu essentialis ita mutatus fuerit, ut jam adimpleri res nequeat. 2.° *Quæ ex præsenti vires non cœperunt, vel quamvis consistant, non tamen* CONSTITUTA *sunt ante casum existentem, denique quorum* DIES *nondum* CESSIT, *ea evanescunt, emergente casu, à quo initium capere non potuerint.* Ex his duabus regulis egregiè solvi quæstiones singulares, idem Gothofredus per indictionem ostendit, simulque docuit, dissensum veterum, quem jam Cujacius observavit, inde esse, quod non satis distinxerint illa, *negotium consistit* & *negotium utiliter constitutum est*: quæ diversa admodum esse, nemo non videt. HEIN.

TEXTUS.

De dote uxori legata.

15. *Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, divi Severus & Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si verò certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.*

NOTÆ.

15. *Plenius est legatum*) Propter repræsentationem in dote pecuniaria, quæ annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id est, tribus annuis pensionibus reddebatur. Ulp. *tit. 6. §. 5.* Hodie autem dos rerum mobilium annua die præstatur, *l. un. §. 7. C. de rei ux. act.* In legato immobilium etsi non est repræsentatio, Ulp. *d. loc. & d. l. un.* valet tamen legatum propter commoditatem novæ actionis. vid. *in comment.*

COMMENTARIUS.

1 *Jure antiquo in relegatione dotis semper plus fuisse, quàm in obligatione.*

2 *An novo jure adhuc aliquid in ejusmodi legato commodi?*

3 *Quid juris, si, quæ non accepta est, dos, aut simpliciter legata sit, aut demonstrata certa quantitate vel corpore?*

SI *uxori maritus dotem legaverit*) Exemplum legati rei debitæ; proinde quid hîc statuendum sit, discamus ex superiore regula, ut si plus sit in legato, quàm in debito, legatum valeat; si nihil amplius, legatum sit inutile.

Quia plenius est legatum, quàm de dote actio) 1
Hæc verba arguunt, veteres semper existimavisse, plus esse in legato quàm in obligatione dotis, ut proinde relegatio dotis non potuerit non jure veteri valere, *fac. tit. de dot. præleg.* Ut autem legatum plenius esset, faciebat aut utilitas repræsentationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id est, tribus annuis pensionibus redderetur, legatum autem statim peti poterat, *l. 1. §. 2. l. 2. d. tit.* Ulpian. *tit. 6. §. 5.* aut commoditas novæ actionis: nam etsi cæteræ dotes statim reddebantur, teste Ulpian. *d. loc.* tamen dote prælegata hoc commodum sentiebat uxor, quod dominum rei dotalis statim ad eam redibat, actionemque in rem consequebatur, cùm pro dote repetenda personalem tantùm actionem rei uxoriæ haberet, *arg. l. 3. §. 2. de leg. 3.* aut si dotem sibi reddi stipulata fuerat, quod pro actione ex stipulatu consequebatur actionem ex testamento, imitantem in plerisque naturam actionum bonæ fidei: per *l. si creditori. 28. §. 1. de legat. 1.* Ad hæc variæ olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones; sæpe etiam dos lucro mariti cedebat, vid. Ulp. *d. t. 6. l. 15. §. 1. sol. matr. l. un. §. taceat. 5. & seq. C. de rei ux. act.* quibus locus non erat dote relegata. Justinianus verò jus & petitionem mulieris sic auxit *d. l.* 2
un. & l. in rebus. 20. C. de jur. dot. ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi possit; nisi quod jure legati etiam res dotales mobiles statim reddendæ sunt, quarum alioqui præstatio annui dilationem ex constitutione Justiniani habet, *dict. leg. unic. §. cum autem. 7. vers. exactio.* Tentari tamen potest cum plerisque interpretibus, etiam post constitutiones Justiniani relegationem in universum utilem censeri debere, propterea quod agenti ex testamento non potest objici exceptio, quam vocant competentiæ. Tametsi enim non omnibus hæredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit, *l.*

scien-

sciendum. 25. *de re jud.* sufficit tamen, communi filio, qui patri hæres extitit, competere, *l. etiam filius.* 18. *solut. matr.* atque ita aliquando legatum utile esse posse, & solidum obtineri, ubi alias in id tantùm fieret condemnatio, quod reus facere posset. VINN. Sed hæc commoda legati non adeo magni momenti sunt. Actionem enim merito realem uxor soluto matrimonio habet tamquam domina dotis. Actio ex stipulatu de dote æquè bonæ fidei & pinguis est, ac actio ex testamento, excepta repræsentatione. Denique merito dubites an liberi beneficium competentiæ ob legatum hoc amittant. vid. *l.* 12. *l.* 13. *l.* 18. *ff. sol. matr. l.* 25. *de re jud.* junct. *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. observavit id contra Lauterbachium celeberrimus Pagenstech. *in Admonit. ad ff. Part.* §. 116. HEIN.

Si quidem simpliciciter, inutile est legatum) Si dos uxori prælegata sit non designata certa quantitate aut certo corpore demonstrato, & dos nulla data sit, legatum inutile est: quia apparere non potest, quid aut quantum fuerit
3 legatum. Neque hoc tantùm in dote non accepta & simpliciter legata obtinet; sed etiam in omni simili legato incertæ rei aut quantitatis, *l. si sic legatum.* 75. §. 1. *de legat.* 1. *l. legavi.* 25. *sub. fin. de lib. legat. fac. l. cum post.* 69. §. *gener.* 4. *de jur. dot.*

Si verò certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta) Veluti, *Centum quæ in dotem accepi*: aut, *Fundum Tusculanum, mihi in dotem datum, uxori do lego*, aut, *Centum, quæ instrumento dotali conscripta sunt*, *l.* 3. *l. ult. C. de fals. ca. adi. leg.*

Valere legatum) *D. l. legativi.* 25. *in fin de lib. leg. d. l.* 3. *& ult. C. de fals. ca. adi. leg. d. l. si sic legatum.* 75. §. 1. *in fin. de legat.* 1. Ratio aperta est, & expressa dictis locis; quia falsa demonstratio legatum non vitiat; de quo pluscula *inf.* §. *huic proxima.* 30. *eod.* Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit, quàm in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptam excedit, *l.* 6. *de dot. prael.* Obstare tamen his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus scribit, *l.* 1. §. *sed & si.* 7. *eod. tit.* si quis ita legaverit, *Centum, quæ in arca habeo*, aut, *quæ ille apud me deposuit*, & nihil in arca sit, aut depositum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipsum ad casum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed rectè respondet Jo. Faber, referre, utrum legetur certa quantitas ut quantitas, an ut certum corpus aut species, veluti *Centum, quæ in arca habeo*, *l. planè.* 34. §. *sed hoc* 4. *l. sed si.* 51. *de legat.* 1. Priore casu falsam demonstrationem non nocere legato: posteriore idem juris esse, quod certo corpore, quod non extat, demonstrato, ut si quidem extet quantitas sic designata, legatum valeat, si non extet, inutile sit, *l. si servus.* 108. §. *qui quinque* 10. *de legat.* 1. *l. omnia.* 32. §. *specie.* 5. *de legat.* 2.

TEXTUS.

De interitu & mutatione rei legatæ.

16. *Si res legata sine facto hæredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto hæredis manumissus fuerit, non tenetur hæres. Si verò hæredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri eum, Julianus scripsit: nec interest sciverit, an ignoraverit, à se eum legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur hæres: quamvis ignoraverit, à se eum legatum esse.*

NOTÆ.

16. *Sine facto hæredis*) Sive naturali interitu, v. c. si servus legatus ἰδίῳ θανάτῳ, *sua morte*, ut Suet. *in Jul. c. ult.* defunctus sit, sive facto alieno, nisi mora hæredis intervenerit, *l.* 36. §. *ult. l.* 47. §. *ult. de legat.* 1. *l.* 23. *de verb. obl.* Vide in *comment.*

Legatario decedit) Et hæres liberatur, ut & cæteri debitores, qui certam speciem debent, *d. l.* 23.

Sine facto hæredis manumissus) *L.* 35. *de leg.* 1. hæc enim manumissio morti proxima est, *l.* 92. *de solut.*

Nec interest seiverit, &c.) *l.* 112. §. 1. *eod.* 1. *l.* 28. *qui & à quib. man. l.* 91. §. 2. *de verb. obl.* Ratio est in *l.* 25. §. 2. *in fin. ad Treb.*

COMMENTARIUS.

1 *Servi alieni qui legatus sit, manumissione hæredem ita liberari, ut nec æstimationem debeat, & quid si res legata evicta sit?*

2 *Hæredem, qui servum proprium à se legatum vel ignorans manumisit, obligatum à se remanere: & cur nominatim hoc pronuntietur de servo hæredis proprio?*

HUjus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quæ contingit interitu rei debitæ. Sic enim in universum jus est, ut rei debitæ interitu, qui sine facto aut culpa debitoris contingit, obligatio extinguatur ita ut nec ulla æstimationis petitio supersit, *l. si ex legati.* 23. *de verb. obl. l. in* ra-

ratione. 30. §. *res tamen*. 6. *ad leg. Falc. l. cum res*. 47. §. *ult. de legat*. 1.

Si res) Id est, res certa, species, seu certum corpus, *l. non amplius*. 26. §. 1. *de legat*. 1. *d. l. si ex legati* 23. *de verb. obl. d. l. in ratione*. 30. §. *certis*. 4. *ad leg. Falc.* idque ex prædicato, *perierit*, satis intelligitur, quod in res certas seu species solùm cadit. Nam cùm res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta est, numquam dici potest res legata aut alias debita periisse: quoniam omnes homines vocabulo hominis, & quicumque aurei generaliter & infinitè centum legato aut obligatione continentur: eoque fit, ut in his nullo rerum casu sive hæres sive quis alius debitor liberetur, *d. l. in ratione*. 30. §. *incertæ*. 5. *ad leg. Falc. l. incendium*. 11. *C. si cert. pet.* Utrum autem certa species legata sit, an quantitas instar certæ speciei, veluti centum aurei, qui in arca sunt, nihil interest *d. l. in ratione*. 30. §. *certis*. 4. *l. si certos*. 37. *de verb. obl.*

Sine facto hæredis perierit) Sive naturali interitu, sive facto alieno, puta si servum legatum alius occiderit, *l. arbitrio*. 18. §. *ult. de dol.* Nam si ipsius hæredis facto res periit, non magis id legatario nocere debet, quàm cæteris creditoribns, quæ facto debitorum contigerunt. Sed & si res naturali facto perierit, cæterum post moram ab hæredc factam, hæredis id detrimentum erit, *l. cum servus*. 39. §. 1. *de legat*. 1. Certa enim est juris regula, mora interveniente, perpetuari obligationem, ut post moram re perempta nihilo secius teneatur debitor, quam si res adhuc extaret, *d. l. si ex legati*. 23. *de verb. obl. l. nemo*. 82. §. 1. *l. si servum*. 91. §. *sequitur*. 3. *eod. l.* 5. *de reb. cred.* de quo commodius infra in materia obligationum. Ait, *perierit*. Periisse non tantùm res intelligitur, cùm in rerum natura esse desit: verùm etiam cùm commercio exempta est, §. 1. & 2. *inf. de inut. stip. l. inter*. 83. §. *sacram*. 5. *de verb. obl. l. si mihi*. 92. *de solut.*

Legatario decedit) Hoc locis compluribus traditum, *l. non amplius*. 26. §. 1. *l. Titiæ*. 36. §. *ul. l. cum res*. 47. §. *ult. l. si quis inquilinos*. 112. §. 1. *de legat*. 1. *d. si ex legati*. 23. *de verb. obl.* atque, ut superius diximus, jus est commune omnium debitorum, qui certam speciem debent.

Sine facto hæredis manumissus) Etiam servi alieni legati manumissione hæres liberatur, si nulla ejus culpa argui potest, *l. si hæres*. 35. *de legat*. 1. *l. si servum* 91. §. 1. *vers. fin. autem de verb. obl. l. si mihi*. 92. *de solut.* ubi Paulus hanc manumissionem ait morti similem esse; scilicet quia manumissione servus commercio eximitur. Quare nec æstimationem præstare hæres tenetur, quam præstare cogitur, cùm res adhuc extat, eamque dominus non vult vendere, §. 4. *sup.* Quid si res legata non perempta, sed legatario evicta sit? Et si quidem ex causa pignoris evicta sit à creditore, hæres obligatus manet: nec interest, generaliter res legata sit, an una aliqua specialiter & certa; nam nec illo casu sufficit rem talem dare qualis est; sed ita dare oportet; ut eam habere liceat, *l. qui concubinam*. 29. §. *pen. de legat*. 3. *l. si à substituto*. 45. §. 1. *eod*. 1. & hoc casu tenetur hæres rem obligatam nexu pignoris liberare, §. 5. *sup.* Sin autem evicta fuerit à domino ut res aliena, hìc interest, in genere res legata sit, an in specie: nam si in genere, & hæres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quæ postea à domino evincatur, non liberabitur, ob eamdem scilicet causam, quam modo dixi: si verò in specie, puta Stichus aut Pamphilus, sic distinguendum est; ut si testator eam rem tamquam alienam legaverit, teneatur hæres eam redimere, aut æstimationem ejus dare; §. 4. *sup.* si tamquam suam, placet hæredem liberari, modo præstet rem talem, qualis apud testatorem fuit, *l. cum pater*. 77. §. *evictis*. 8. *de legat*. 2. 1

Hæredis servus legatus, & ipse eum manumiserit) Si hæres servum proprium à se legatum manumiserit, obligatus remanet, & tenetur in ejus æstimationem, perinde quasi occidisset; nec refert, sciverit, an ignoraverit à se legatum esse, *l. si quis inquilinos*. 112. §. 1. *de legat*. 1. *l. hæres*. 28. *qui & à quib. man.* quippe etiam manumissione res interire intelligitur, quia definit esse in commercio, & nemo suo se facto obligatione liberare, alterique damnum afferre potest, *l. quidam*. 25. §. 2. *in fin. ad sen. Trebell. l. si servum* 91. *de verb. obl.* Quod ergo dicitur in *d. l. hæres*. 28. *qui & à quib. man.* hæredem sevum proprium quem testator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum: ut nihil agere dicatur, quia manumittendo non efficit, quominus obligatus maneat, quod etiam Accurs. observavit. Non obstat huìc sententiæ, quod excusatur ignorantia ejus, qui servum indebitum sibi datum manumisit, *l. in summa*. 65. §. *pen. de cond. ind.* Nam indebiti condictio, utpote quæ ex bono & æquo introducta est, nihil revocare consuevit, præter iniquum lucrum, *l. pen. eod. tit.* Cur verò Justinianus hoc loco, & Jurisconsulti *d. l. si quis inquilinos*. 112. §. 1. & *d. l. hæres*. 28. nominatim loquuntur de servo hæredis proprio? Nimirum quia hæres servum tes- 2

testatoris à se legatum aut per fideicommissum alteri relictum ne manumittere quidem potest, sicut nec quamvis aliam rem, quam restituere jussus est, alienandi potestatem habet, *l. ult.* §. 2. *C. comm. de legat.* Quin etsi sub conditione servus testatoris legatus fuerit, licet pendente conditione pleno jure hæredis sit, placet tamen, libertatem ab hærede consequi non posse, *l. generaliter.* 19. §. 1. *qui & à quib. man.* Sed quid est igitur, quod Paulus in *l. si servum.* 91. §. 2. *de verb. obl.* scribit, Julianum putasse, teneri hæredem, qui, cùm nesciret, à se petitum codicillis ut restitueret, manumisit? Nam libertate non procedente, non potest dici manumisisse. Responsum ipsum Juliani, quod extat in *l. quidam.* 25. §. 2. *ad sen. Treb.* rem expediet. Non ait Julianus servum hæreditarium ab hærede legatum, aut quem nominatim hæres restituere rogatus est, posse manumissione hæredis liberum fieri: sed posse hæredem, qui hæreditatem restituere jussus est, servum, qui ex ea hæreditate sit, manumittere, ut tamen obligatus maneat, pretiumque servi fideicommissario præstet. Inter quæ multum interest. Nam cùm servus hæreditarius certus specialiter legatus est, manifestum est, testatorem velle hunc ipsum servum præstari, non æstimationem ejus. At in fideicommisso hæreditatis potest favore alicujus rei, quæ in ea hæreditate sit, alia interpretatio voluntatis recipi, quasi ad sensum testatoris nihil intersit, utrum res ipsa, an æstimatio præstetur.

Sed & si alii donaverit, & is eum manumiserit, &c.) Hæres, qui servum proprium à se legatum alteri donavit, quamvis eum à se legatum ignoret, tamen si is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur in servi æstimationem, *d. l. si quis inquilinos.* 112. §. 1. *de legat.* 1. Ratio eadem, quæ in specie præcedente; qui facto hæredis accidit, ut servus commercio sit exemptus; quod alteri damnum afferre non debet. Tantùm hic non proxima, sed remota causa hæres est.

TEXTUS.

De interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis.

17. *Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est & si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint: quia licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.*

NOTÆ.

17. *Idem est, si ordinarii cum vicariis*) Nam vicarii hìc non considerantur, ut pars peculii ordinariorum, sed ut eorum conservi, ut & revera sunt, *l. 9. d. tit.* itaque etiam in hac specie duo sunt legata separata, *l. 4. d. tit.*

Sed si servus cum peculio, &c.) *L. 1. d. tit.* Ratio est, quia peculium accessionis locum obtinet, cujusmodi, perempta re principali, & ipsa extingui solent, *l. 2. d. t. l. 178. de reg. jur.*

Idem est, si fundus instructus) Quia nec hìc duo sunt separata & principalia legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis: spectanda tamen mens testatoris, *l. 1. §. 1. l. 5. de instr. vel instrum. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Si ancilla cum suis natis legata sit, duo intelligi legata separata & æquè principalia.*
2 *Idem esse, si servus cum vicariis suis legatus sit.*
3 *Secus, si servus cum peculio, aut penus cum vasis.*
4 *Aut si fundus instructus, vel cum instrumento.*
5 *Paulus cum Justiniano conciliatus.*

HOc. §. & 3. *seqq.* docetur, quid juris sit, si rei legatæ vivo testatore vel decesserit aliquid vel accesserit. Si aliquid decesserit, ita jus est, ut neque legatum extinguatur, nisi quod decesserit, sit principale, reliquum accessorium; neque hæres teneatur supplere, quod decessit, sed præstatione ejus quod superest, liberetur. Hæc res quatuor exemplis declaratur; legati ancillæ cum suis natis; servorum ordinariorum cum vicariis, *hoc* §. legati gregis, §. *seq.* legati peculii, §. 20. Cæterum, ut dixi, ita quod superest, legato cedit, si id quoque principaliter legatum sit, non si ut accessio ejus, quod decessit: nam perempta re principali etiam legatum accessionis extinguitur; quod ostenditur hoc §. exemplo legati servi cum peculio; item fundi cum instrumento legati. Si quid accesserit, placet etiam illud legato cedere: cujus rei tria exempla proferuntur, legati gregis, cui postea adjecta plura capita §. *seq.* legati ædium, quibus adjectæ columnæ & marmora, §. 19. legati peculii, cui deinde aliquid accessit, *d.* §. 20. Latè autem hic locus patet. Nam huc etiam per-

pertinent fructus, usuræ, pensiones prædiorum, partus, fœtus, alluvio, insula inconfinio nata, & plura alia, quæ hìc non tangit Justinianus, *l. 8. l. quod in rerum. 24. §. 2. & 3. l. cum servus. 39. §. 1. de legat. 1. l. 10. l. si area. 39. de legat. 2. l. sæpe. 16. eod. 3.*

Partus legato cedunt) L. si ancilla 62. cum l. seq.
1 *de legat. 1.* Poterat videri unum hìc esse legatum principale, alterum, natorum scilicet, accessorium: quod etiam Servio visum fuit, qui ob id, mortua ancilla, negabat partum deberi. Sed revera liberi matris accessio non sunt; statim enim ut sunt editi, separatam planè habent existétiam & ideo rectè Paulus scribit, duo hìc esse legata separata, hoc est, æquè principalia, *l. 3. de pec. leg.* & Celsus in *l. si ancilla. 63. de legat. 1.* sententiam Servii ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit. Ego quoque sententiam Jo. Fabri & Aretini falsam esse puto, & voluntati testatoris minimè consentaneam, qui existimat, si pecudes cum fœtu legatæ fuerint, morte pecudum legatum fœtus tamquam accessorium extingui. Vinn. Genuina ratio, cur nec ancillæ partus, nec fœtus animalis hìc pro accessione ancillæ, vel animalis haberentur, hac esse videtur, quia post partum non pertinent ad ancillam vel animal, sed ad dominium, adeoque hujus respectu utraque res erat separata, utraque principalis, nullaque remanebat inter matrem & fœtum connexio. Hein.

Idem est, si ordinarii cum vicariis) Hic eadem dubitatio occurrit, quæ in casu præcedenti: nam ut peculium servi accessio est, ita & servi vicarii, qui sunt in peculio ordinariorum, *l. 17. de pecul.* etiam horum accessio videntur, ac proinde, his mortuis, illos ex legato non deberi. Illud utique certum est, mortuo servo ordinario, qui cum peculio legatus est, peculii legatum ita extingui, ut nec vicarii,
2 qui in ejus peculio sunt, debeantur. Et sanè fatendum est, servos vicarios accessionis locum obtinere, quatenus considerantur, ut pars peculii ordinariorum: cæterum ex se non sunt, sed revera ordinariorum conservi, *l. 9. de pec. leg.* Atque ut tales considerantur in casu proposito, cùm disertè cum ordinariis & ipsi leguntur, ut hìc quoque sint duo legata separata, & vicarii æquè principaliter ut ordinarii legati intelligantur, *l. 4. d. tit.*

Sed si servus cum peculio) Servo legato cum peculio, & alienato vel manumisso, aut mortuo legatum etiam peculii extinguitur *l. 1. de*
3 *pec. leg.* Cur tam variè? quia peculium accessionis locum obtinet: cujus conditionis quæ sunt, extingui solent, cùm principales res perempræ fuerint: ratio reddita à Cajo in *l. 2. d. tit.* Eadem ratione placet, & penu certa cum vasis legata, consumpta, ne vasa quidem deberi, *l. 2. l. 4. in pr. de pen. leg.* Hoc tamen inter peculium & vasa penuaria interest, quod peculium non est simplex & mera accessio, quæ necessario servum sequatur: quippe si simpliciter servus legatus sit, peculium legato non cedit, *l. si legatus. 24. de pec. leg.* Sed vasa penuaria pura puta sunt accessio; & ideo penu simpliciter legata, vasa quoque, sine quibus rectè penus haberi non potest, legato continentur, *l. 3. §. ult. d. l. 4. pr. de pen. legat.*

Si fundus instructus, vel cum instrumento) Exemplum simile proximè præcedenti: ideo 4
enim fundo cum instrumento legato & alienato etiam legatum instrumenti extinguitur; quia hìc non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequelæ. Nam instrumentum fundi accessio est. Et si quidem sic aliquis legaverit *fundum cum instrumento*, alienato fundo instrumentum peti non posse semper constitit, *l. 1. §. 1. l. 5. de instr. vel instrum. leg.* Cæterum an idem sit, si sic legaverit, *fundum & instrumentum*, aut, *fundum instructum*, non satis convenit. Labeo *lib. 1. pithan.* putat, inter omnes hasce scripturas nihil interesse, *l. 5. de instruct. leg.* Justinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi instructi & legato fundi cum instrumento. Denique & Paulus eadem duo ut eamdem vim habentia conjungit, *d. l. 1. in pr. eod. tit.* Verùm idem Paulus in notis ad Labeonem *d. l. 5.* hanc scripturam, *fundum cum instrumento*, à cæteris disertè separat sic ut dicat, ex illa scriptura, fundo alienato, nihil deberi: ex duabus reliquis posse instrumentum esse legatum. Eguinarius Baro existimat, Paulum cum Justiniano nullo modo conciliari posse. Hotomannus etiam secum pugnare, atque ex insita sibi cum Labeone simultate solo Labeonis redarguendi studio contrarium respondisse. Verum ego, ut fatear, Paulum eo genere morbi laborasse, eoque correptum aliquando non satis bona fide cum Labeone agere, ut videre est in *l. pen. §. 1. & 2. de acq. rer. dom. l. ult. de usuc.* & fortasis sic etiam Labeonem ab eo tractari in *d. l. 5.* non arbitror tamen aut secum eum pugnare, aut cum Justiniano. Labeo di- 5
xerat, inter superiores scripturas omnes nihil interesse. Paulus ait, interesse: nam ex hac scriptura, *fundum cum instrumento*, alienato fundo, nihil deberi: ex his *fundum & instrumentum*, vel *fundum instructum*, posse instru-

ſtrumentum eſſe legatum. Quaſi dicat, in hac ſpecie, cùm fundus cum inſtrumento legatus eſt; tam perſpicuum eſt, teſtatorem inſtrumentum acceſsionis loco habuiſſe, ut alienato poſtea fundo, fruſtra de mente teſtatoris, quad ad legatum inſtrumenti attinet, diſputetur: quod ipſe *d. l. 1. §. de inſtruct. leg.* ſic expreſſit, *fundo cum inſtrumento legato & alienato, inſtrumento non vindicabitur ex ſententia defuncti.* Cùm autem fundus & inſtrumentum, aut fundus inſtructus legatus eſt, licet regulariter etiam utroque hoc caſu legatum inſtrumenti pro acceſſorio habeatur, eoque alienato fundo legatum inſtrumenti evaneſcat; tamen quia mens teſtatoris hìc non tam plana ac perſpicua eſt, quàm in ſpecie ſuperiore, ideo admitti poſſe quæſtionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominus inſtrumentum, tamquam ſeparatim atque æquè principaliter legatum, ex ſententia teſtatoris deberi, eoque probato, legatarium vincere, non pugnat igitur ſecum Paulus, cùm in *d. l. 1. in pr.* ait, ſive cum inſtrumento fundus legatus ſit, ſive inſtructus, duo legata intelligi: nam in illa ſpecie alterum ſemper acceſſorium eſt, in hac poteſt utrumque eſſe principale. Sed nec cum Juſtiniano, quippe qui quod regulare eſt, hic tantùm propoſuit: quod & fecit Labeo *d. l. 5.* quem idcirco explicari potius à Paulo, quam taxari oportuit. Ad hunc ferme modum hæc quoque componunt Cujac. Weſemb. poſt Bart. *d. l. 5.* aliter *l. 30. ibid.* Mynſ. Balduin. *hìc.* Quanto plenius ſi legatum fundi inſtructi, quàm fundi cum inſtrumento, docet Ulpian. *l. quæſitum. 12. §. ſi ſuppellex. 15. & §. ſed ſi fundus. 27. cum ſeqq. de inſtruct. vel inſtrum. legat.*

TEXTUS.

De grege Legato.

18. *Si grex legatus fuerit, & poſtea ad unam ovem pervenerit, quod ſuperfuerit vindicari poteſt. Grege autem legato etiam eas oves, quæ poſt teſtamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait. Eſt autem gregis unum corpus ex diſtantibus capitibus; ſicut ædium unum corpus eſt ex cohærentibus lapidibus.*

NOTÆ.

18. *Si grex legatus, &c. quod ſuperfuerit vindicari*) Quamvis grex eſſe deſierit, quæ ratio eſt dubitandi, *l. 22. de legat. 1.* Sed nimirum qui gregem legat, etiam ſingula capita, quæ in eo grege ſunt, ut partes totius legare intelligitur, per *l. 113. de reg. jur.* Aliud juris eſt in legato uſufr. gregis, *l. ult. quib. mod. uſ. am.* quia uſusfructus rei mutatione extinguitur, v. *ſup. §. pen. de uſufr.*

Unum corpus) De generibus corporum vid. *l. 30. de uſurp. & uſuc.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio dubitandi circa priorem ſpeciem hujus §. & cur non idem in legato uſufructu gregis remiſsivè.*

2 *Ratio exempli poſterioris.*

GRege legato, ſi numerus ovium decreverit, tamen quæ ſuperſunt capita debentur, etiamſi unica tantùm ovis reliqua ſit, *l. ſi grege. 22. de legat. 1.* Quo loco Pomponius etiam dubitandi cauſam ſignificat: quæ hæc eſſe poterat, quod rei legatæ interitu legatum extinguitur, *§. ſi res. 16. ſup. eod.* Etenim grex etſi neque accretione neque decretione mutetur, ſed idem maneat, *l. ſi cum. 21. §. 1. de exc. rei jud.* tamen ubi decrevit uſque ad numerum minorem decem, interiiſſe cenſetur, quia iſte numerus gregem non conſtituit, *l. ult. de abig. l. ult. quib. mod. uſ. am.* vid. *l. 65. §. 1. de leg. 2.* Fabrot. *ad Th. h. l. 79. de leg. 3.* Gregem autem legavit teſtator, non ſeparatim ſingula capita, quæ aliud ſunt, quàm grex, *l. 1. in fin. de rei vind.* Dicendum eſt, eum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege ſunt, legare intelligi, atque ideo quicquid ex grege ſupereſt, die legati cedente, legatario deberi. Licet enim capita, quæ ſuperſunt, pauciora ſint, quàm ut per ſe gregem conſtituant, tamen quotquot ſuperſunt, pars ſunt aut fuerunt illius gregis, qui legatus eſt; ac proinde etiam legato continentur, *l. in toto. 113. de reg. jur.* Nam nec area inſula eſt: & tamen ſi inſula legata combuſta ſit, reſponſum eſt, aream adhuc vindicari poſſe, *d. l. ſi grege. 22.* Nimirum quia area pars eſt aut fuit rei legatæ, id eſt, inſulæ, *l. qui res. 98. §. aream. 5. verſ. non eſt. de ſolut.* Nec eſt contrarium, quod traditur in *l. ult. quib. mod. uſ. am.* uſumfructum gregis legatum, ſi in eum numerum pecus reciderit, quod grex conſtare non poteſt, perire. Aliud enim longè juris eſt in legato gregis, aliud in legato uſufructu gregis. Diverſitatis rationem alibi diligenter expoſui ſub *§. pen. ſup. de uſuf.*

Ad unam ovem) Quamvis unica hæc ovis gregem non conſtituat, id eſt, univerſitatem multorum capitum; eſt tamen unum ex capitibus illis, quæ gregem conſtituebant, ac proinde

pars

pars rei legatæ. Vide & *l. peculium.* 63. §. 1. *de leg.* 2. *l. si chorus.* 79. *de leg.* 3. Fabrot. *ad Theoph. hic*

2 *Post testamentum gregi adjiciuntur*) Exemplum contrarium, cùm rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ postea gregi adjecta sunt, *l. grege.* 21. *de legat.* 1. Ratio est, quia testator non illum gregem, quantus tunc erat, sed planè quantuscumque erit, cùm dies legati cedet, legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit. Eademque ratio legati armenti & equitii.

Unum corpus ex distantibus capitibus) Ut ædium, sic etiam gregis unum corpus est: verùm illud συνημμένον, id est, *connexum*, atque ex plur ibus partibus inter se cohærentibus constans; hoc διεστὼς, *disjunctum*, constans ex pluribus corporibus distantibus, ut populus, legio, collegium, *l. in rem.* 23. §. *item quacumque* 5. *de rei vind. l. rerum.* 30. *de usuc.*

TEXTUS.

De ædibus legatis.

19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.*

COMMENTARIUS.

1 *Si areæ legatæ domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. Et quid si res legata in aliam speciem mutata sit?*

1 ALiud exemplum argumenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda sunt, *l. cætera* 41. §. *item.* 9. & *seqq. de legat.* 1. Sed & si areæ legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est, & solum & superficiem deberi, ut disertè traditum est in *l. si areæ.* 39. *de legat.* 2. & *l. si servum.* 44. §. *si area* 4. *de legat.* 1. ubi hæc quidem additur exceptio, nisi testator mutavit voluntatem: sed exceptio illa confirmat, solo eo facto testatorem voluntatem mutasse non videri; ac proinde in dubio aream cum superficie deberi. Quippe cui superficies etiam alias jure accessionis cedit; ut res aucta potius, quàm mutata videatur, §. *cum in suo.* 29. & *seqq. sup. de rer. div. l. qui res.* 98. §. *ult. de solut.* Non est contrarium, quod apud Cajum scriptum est, si domo, quæ legata erat, destructa, aliam eodem loco testator ædificaverit, legatum non deberi, *l. si ita legatum* 65. §. *ult. de legat.* 1. quia destructione rei legatæ legatum interit, veluti si domum legatam testator diruat, navem legatam dissolvat, *l. lana* 88. §. 2. *de legat.* 3. Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum. Magis obstat locus Celsi in *l. si chorus.* 79. §. *pen. de legat.* 3. & omnino adversatur, nisi hæc Celsi verba *quamquam tunc peti non poterat*, per concessionem accipiantur: ut sit hic sensus, quamvis ponatur is casus, quo tunc, id est, stante ædificio, legatum peti non potuit, uti non potest, cùm constat testatorem sic ædificasse, ut nollet domum deberi; quæ exceptio est *d. l. servum* 44. §. *si area.* 4. *de legat.* 1. tamen nunc, id est, ædificio destructo, posse aream peti: quia mutatio voluntatis tantùm in eo fuit, ne domus deberetur: ita Duar. *ad l.* 8. *de leg.* 1. Don. 8. *comm.* 17. Quod si res legata in aliam speciem mutata fuerit, si quidem ea species ad pristinam materiam redire non potest, veluti si ex marmore statua, ex lana legata vestis, ex materia legata navis facta sit, legatum intercidit, *l. quæsitum* 78. §. *illud* 4. *d. l. lana* 88. *pr.* & §. 1. *de legat.* 3. Si verò species, in quam res translata est, in suum initium redigi potest, veluti si massa legata, scyphi ex ea facti sint, placet consistere legatum, atque in hujusmodi materiam prævalere, *d. l. quæsitum* 78. §. *illud.* 4. *d. l. lana* 88. §. *ult. fac.* §. *cum ex aliena.* 25. *sup. de rer. div.* nisi tamen aut hìc hæres probet, testatorem à legato recessisse, aut illic legatarius probet, non recessisse: quomodo accipi debet Ulp. in *d. l. servum* 44. §. *si pocula.* 2. *de legat.* 1. adi Don. *d. cap.* 17. Cujac. 5. *ad African. in l. qui usumfructum* 36. *de usuf.* & 23. *obs.* 22.

TEXTUS.

De peculio.

20. *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem aliquid servus acquisierit. Julianus ait, siquidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hæreditatem acquisitum est, legatario cedere; quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur,*

tur, & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum; ut petitionem habeas pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.

NOTÆ.

20. *Sufficit, si non adimatur*) Hoc enim ipso, quod dominus peculium apud jam liberum factum manere patitur, non obscurè id ei donat, *l. 53. de pecul. l. un. C. de pec. ejus, qui lib. mer.*

Quam in rationes dominicas) Hoc ideo, quia quod dominus servo debet, verum debitum non est, quamvis peculium augeat, *l. 6. §. 4. de pec. leg. l. 7. §. pen. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Cujus lucro vel damno sit, quod peculio legato, vivo testatore accedit aut decedit?*
2 *Cur placet, si servo manumisso peculium legatum sit, etiam quod post mortem testatoris ante aditam hæreditatem extrinsecus accesserit, legato cedere: si extraneo, non item?*
3 *Explicatur* l. 8. §. ult. de pecul. legat.
4 *Cur servo testamento manumisso peculium non debeatur, nisi legatum sit: inter vivos manumissum sequatur, nisi ademptum fuerit?*
5 *Legato peculii non contineri, quod servus domino expensum tulit.*
6 *Peculium legatum videri ei, qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est.*

MUlta ex hoc §. discimus. Primum, cujus lucro vel damno cedat augmentum vel deminutio peculii legati: deinde servo, qui peculium habet, manumisso, quem peculium sequatur: tum legato peculii an contineatur, quod expensum in rationes dominicas: postremo, qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est, an peculium ei legatum intelligatur.

Accedit vel decedit vivo testatore) Peculium est instar universi alicujus patrimonii, in quo sunt corpora & nomina ac jura, seu credita & debita. Passim *tit. de pecul.* unde fit, ut facile & deminutionem & incrementum reci-
1 piat, *l. peculium 65. pr. de legat.* 2. Papyrius Fronto dicebat peculium simile esse homini: quippe nasci, crescere, decrescere, mori, *l. peculium 40. de pecul.* Ait, *vivo testatore.* Neque hic distinguitur, utrum ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo: neque etiam, utrum ex rebus peculiaribus auctum sit peculium, an extrinsecus. Ratio est, quia quamdiu testator vivit, nullo casu dies legati cedit, id est, nihil dum deberi intelligitur.

Quod si post mortem testatoris, &c.) Si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem auctum fuerit peculium, hìc interest, ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo: deinde si extraneo, utrum auctum sit peculium ex rebus ipsis peculiaribus, puta ex partu ancillarum, vel fœtu pecorum; an quid aliunde peculio accesserit, puta ex operis aut quæstu servi, ex donationibus aut legatis. Si ipsi servo manumisso peculium legatum sit, placet, omne argumentum legato cedere: si extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus dumtaxat; cætera non deberi, sed ad hæredem pertinere, *l. 8. §. ult. de pec. leg. & hoc nostro text.* Rationem diversi juris mox audiemus.

Quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit) Ratio cur placeat in casu, quod ipsi servo peculium legatum est, etiam id, quod jacente hæreditate ex operis ejus vel ex alia re non peculiari accedit, ipsius lucro esse. Unde quoque simul intelligimus, cur in casu op-
posito penes hæredem illud maneat. Nimi- 2
rum sic in universum jus est, ut cùm quæritur, quantum sit in legato, id tempus inspiciatur, quo dies legati cedit, *l. 8. §. ult. de pec. leg.* id est, cùm res legata deberi incipit, *l. cedere. 213. de verb. sign.* neque enim ante ad legatarium quicquam pertinere potest. Proinde si ante diem legati cedentem quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur: si post diem cedentem; id solùm, quod res ipsa ex se producit. Jam verò quando ipsi servo manumisso peculium legatum est, tam peculii legati, quàm libertatis dies ab adita demum hæreditate cedit, *l. 7. in fin. cum l. seq. quand. dies legat.* quando autem extraneo, cedit statim à morte testatoris, sicut in cæteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus, & quæ ad hæredem non transeunt, *l. 2. cum 3. seqq. d. tit. l. un. §. in novissimo. 5. & §. seq. C. de cad. toll.* Consentaneum igitur omnino est, ut peculium legatum servo crescat, eamque sequatur cum omni argumento usque ad aditam hæreditatem: extraneo augeatur quovis quidem modo usque ad tempus mortis testatoris; ceterum quod jacente hæreditate extrinsecus accedit, hæredis lucro sit. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis testatoris tempore, ei apertè adversatur, quod ex Juliani sententia Ulpianus *in l. denique 8. §. ult. de pecul.*

cul. legat. ſcribit, ſi ipſi ſervo peculium legetur, *tempus ſpectandum quo dies legati cedit*: ſi vèro extraneo, *mortis tempus*. Ergo in extraneo mortis tempus non eſt illud, quo dies legati peculii cedit. Pauciſsimi ſunt interpretes, qui hoc animadverterunt: & tamen locus iſte cum aliis omnibus, quibus pro certo jure traditur, diem legati cedere à tempore mortis teſtatoris, tam manifeſtè pugnat, ut ſine incuſatione Compilatorum pugna hæc ſedari non poſsit. Quid ergo dicimus? Nimi-
3 rum Ulpianum cum Juliano reſpondiſſe ſecundum jus ſuorum temporum & ſenatuſconſulta, quæ circa legem Papiam facta ſunt, ex quibus dies legatorum non à morte teſtatoris, ſed ab apertura tabularum cedebat, *d. l. un.* §. 1. *C. de cad. toll.* Quam ob cauſam etiam aliam hujus differentiæ rationem afferunt petitam à conjectura voluntatis teſtatoris. Id verò antiqui juris veſtigium oculos ac manus conſarcinatorum fugiſſe. Vinn. Id & alibi factum, veluti in *l.* 104. *& l.* 31. *ff. de conſtit. & demonſtr. l. fin. ff. de donat. mort. cauſſ. l.* 3. §. *ult. & l.* 42. *ff. de hæred. inſt.* Quæ loca jam notavit Cujac. ad Ulpian. *Fragm. tit.* 24. §. 31. Hein.

Niſi ex rebus peculiaribus) Puta ex partu peculiarium ancillarum fœtuve pecorum, *d. l.* 8. §. *ult. de pecul. leg.* Hoc enim cùm accedit, ipſum peculium ex ſe augetur atque amplificatur: ut hujuſmodi augmentum etiam poſt diem legati cedentem contingens merito legatarium ſequatur, *arg.* §. *item ea.* 19. *ſup. de rer. div. l.* 6. *de acq. rer. dom.*

Peculium autem, niſi legatum, &c. quamvis ſit inter vivos) Servo teſtamento manumiſſo peculium, niſi nominatim ei legatum fuerit, non debetur, *l. ſi legatus.* 24. *de pec. leg.* At eum, qui inter vivos manumittitur, placet peculium ſequi, ſi non adimatur, *l. ſi Sticho.* 53. *de pecul. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* Quæritur ratio differentiæ. Gloſſa ex Joanne hanc affert, quod inter vivos manumiſſus operas patrono debeat, in quorum compenſationem peculium ei relictum credendum ſit: libertus autem Orcinus neque hæredi neque ulli alii operas præſtare teneatur. Schneidvvinus ex Jo. Fabro hanc, quod dominus ſervum, quem inter vivos manumittit, majori affectione proſequatur, quàm quem teſtamento, ac proinde etiam majorem erga illum exercere intelligatur liberalitatem, quàm erga hunc, cui libertatem in id tempus confert, quo rebus ſuis
4 amplius uti non poteſt. Hinc eſſe, quod plus mereri dicatur, qui vivens dat eleemoſynam, quàm qui moriens, &c. Sed quid nodum in ſcirpo quærimus? Peculium ſervo vindicta, verbi cauſa, manumiſſo relictum, eum neque ut compenſatio operarum ſequitur; quippe quas etiam adempto peculio præſtaret, neque quia major putatur eſſe affectio domini erga ſervum, quem vindicta, quàm quem teſtamento manumittit: licet enim hoc verum ſit, tamen, cùm morientes longè ſimus liberaliores, quàm viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati morientium, quàm viventium, *l. in teſtamentis.* 12. *de reg. jur.* Denique & cum teſtamanumento & cum vindicta ſervus manumittitur, miſsio ipſa præter libertatem nihil ei tribuit: eſt enim manumiſsio non peculii datio, ſed libertatis. Sed quod vindicta manumiſſum peculium ſequi placet, ſi id ei non adimatur, hanc rationem habet, quod duplex in tali caſu donatio eſt; una expreſſa, libertatis; altera tacita, minimè tamen obſcura, peculii. Etenim cùm dominus manumiſſo peculium non adimit, ſed id eum jam liberum ſibi habere permittit, hoc ipſo non obſcure id ei donat ac concedit, cùm ſi donatum nollet, poſſet adimere. Hoc verò in manumiſſum teſtamento quadrare non poteſt, qui non niſi poſt mortem teſtatoris libertatem conſequitur, hoc eſt, eo tempore, quo qui libertatem dedit, peculium liberto relinquere non poteſt: & quia cùm poterat, nominatim non reliquit, ideo id apud hæredem ſuum cum cætero jure manere voluiſſe cenſetur. *fac. d. l. ſi Sticho.* 53. *de pecul. d. l. de pecul. ejus qui lib.*

Petitionem pecuniæ, quam in res dominicas.) 5
Quamvis, quod ſervus domino expreſſum tulit, id eſt, quod ei dominus debet, peculium ſervi augeat, veniatque in actionem de peculio, *l.* 7. §. *pen. de pecul.* tamen quia verum debitum non eſt, nec ex ea cauſa actio ſervo competere poteſt, placet peculio legato id non contineri, *l.* 6. §. *ſicut.* 4. *de pecul. leg.* Quin etiam reſponſum eſt, ſi ſervo inter vivos manumiſſo peculium ademptum non ſit, ac proinde conceſſum, tamen eum debitores peculiares convenire non poſſe, niſi mandatis ſibi actionibus, *d. l. ſi Sticho.* 53. *de pecul.* adeoque verum videtur, quod Theophilus ſcribit, peculio legato, *τὰ ἐν προχείρῳ ὄντα καὶ ἐν ἑτοίμῳ*, *quæ in promptu & in parato ſunt*, dum taxat dominum legaſſe cenſeri.

Et ex eo reliqua inferre) Ex eo ſolo quod quis ſervum ſuum liberum eſſe juſsit, ſi rationes reddidiſſet, peculium ei legatum defendi non poteſt: nam nec ſi vetuiſſet teſtator rationes ab eo exigi, peculium ei legatum cenſeretur, *l. dominus* 23. §. 2. *de pec. leg.* Cæterum 6
ſi rationibus redditis, reliqua, id eſt, quæ pu-

putatis rationibus domino eum debere compertum fuerit, de peculio solvere, aut certam summam hæredibus inferre jussus sit, ei quod in peculio superest, legatum intelligitur, *l.* 8. §. *interdum* 7. *d. tit.* Nam qui servum ex peculio, quod debet, aut partem peculii inferre jussit, non potest non videri de cætero aliter sensisse, *per l. quæsitum* 12. §. *idem respondit* 43. *verf. denique Neratius*, *de instruct. vel instrum. legat.*

TEXTUS.

De rebus corporalibus, & incorporalibus.

21. *Tam autem corporales res legari possunt quàm incorporales: & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas hæres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam. Nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet:* Damnas esto hæres meus domum illius reficere: *vel*, illum ære alieno liberare.

NOTÆ.

Actiones legatario præstet) *D. l.* 43. §.9. *d.l.* 75. §. 2. *eod.* 1. Sed & non expectata cessione actionum directarum utilibus suo nomine experiri potest, *l.* 18. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Legato nominis quid contineatur?*
2 *Extingui hoc legatum, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit, aut etiam ultro solutum; & quare?*
3 *Admitti tamen hic probationem non mutatæ voluntatis ex facti circunstantiis.*
4 *Quid juris, si cùm debitum peti cœptum esset, testator inter moras judicii, aut nondum facta solutione decesserit?*
5 *Etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat; & quibus conditionibus?*

Concludi hic videtur locus de rebus, quæ rectè legentur. Duo autem sunt, quæ hoc §. docemur. Unum est, posse legari tam res incorporales, quam corporales. In textu trajectio est. Alterum, non solùm res, quæ propriè & specialiter dicuntur, legari posse, sed etiam facta.

Quam incorporales) Non modo res corporales, ut fundus, ædes, homo, vestis, aurum, argentum, pecunia numerata, &c. legari possunt: sed etiam incorporales, ut usus, ususfructus, servitutes prædiorum, pars hæreditatis, aut bonorum liberatio, actio, seu nomen debitoris. Et hoc est, quod Jurisconsultus ait, & corpora omnia & jura & servitutes legari posse, *l. cætera* 41. *in pr. de legat.* 1. Quid usu, usufructu, quid servitute legata legato contineatur, explicatur propriis *tit. in* π. quid legata parte hæreditatis, *l.* 8. §. *ult. de legat.* 2. *l. mulier* 22. §. *ult. ad sen. Treb.* quid parte bonorum, *l.* 9. *de legat.* 2. *l. non amplius* 26. §. 2. *l. si quis* 23. *de legat.* 1. De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus sup. §. *si quis debitori* 13. agiturque de eo item tit. proprio in π. Hic de legato nominis agendum est.

Quod defuncto debetur potest alicui legari) Quod mihi debetur, & debitori meo rectè lego, legatum dicitur liberationis, & tertio alicui. Veluti, *Centum, quæ mihi Sejus ex causa mutui debet, Tertio do, lego*, *l. si sit legatum* 75. §. 1. & 2. *l. non quocumque* 82. §. *pen. de legat.* 1. estque id legatum, quod passim nominis appellatur, *l. servum* 44. *sed etsi* 6. *de legat.* 1. *l.* 11. §. *ergo* 13. *l. nomen* 34. *l. qui chirographum* 59. *de legat.* 3. *l. ex legato* 18. *C. de legat.* Qui chirographum legat, debitum quoque seu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas solùm, *d. l. servum* 44. §. *eum s. de legat.* 1. *d. l. qui chirographum* 59. *eod.* 3.

Ut actiones legatario præstet) Legato nominis nihil amplius continetur, quàm ut actiones suas hæres præstet, *d. l. servum* 44. §. *sed & si* 6. *d. l. si sic legatum* 75. §. 2. *l. legatum* 105. *de legat.* 1. Ex quo intelligere possumus, nomine legato neque pecuniam ab hærede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum, licet inanium, si forte debitor solvendo non sit, hæredem defungi: tum etiam nullum esse tale legatum, si nihil debetur, & vel eo etiam casu, quo certam quantitatem testator expressit, veluti si dixerit, *Decem, quæ mihi Sejus debet, Titio lego*, *d. l. si sit legatum* 75. §. 2. Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat, sive venditum aut donatum, nulla actio legatario venditori, aut donatario prodita erat, qua suo nomine cum debitore experirentur; sed expectandum iis erat, donec hæres aut creditor actiones suas mandaret: quibus mandatis, non suo, sed mandantis nomine & procuratores in rem suam experiebantur. Postea verò his utiles actiones adversus debitores tribui cœperunt, quas suo nomine, non expectata cessione directarum, exercerent, *l. ex legato* 18. *C. hoc tit.* *l.* 5. & *l.* 7. *C. de hær. vel act. vend.* *l. cum* 16. *in pr. de act.* Quod ideo videtur constitutum esse, quia

quia cessio actionum sæpe protrahebatur, & interdum nec cedi actio potest, ut in specie *l. 1. C. de obl. & act.*

2 *Nisi exegerit testator pecuniam*) Nominis legatum ita demum effectum habet, si debitum à vivo testatore exactum non fuerit; cæterum si testator post factum testamentum pecuniam à debitore exegerit, legatum extinguitur, teste Ulp. *d. l. si sic legatum* 75. §. 2. *de legat.* 1. Quod hic confirmat Justinianus. Ratio hujus rei est, quia testator exacto debito, quod legaverat, ademisse legatum videtur: quemadmodum & ille, qui rem legatam postea alienavit, *l. fideicommissa* 11. §. *si rem* 12. & *seqq. de legat.* 3. Quin alia etiam ratione, eaque fortiore id hic efficitur, quàm ubi res legata postea alienatur. Nam res tametsi alienata est, durat, legatumque consistere potest, licet res aliena facta sit: at cùm nomen exactum est, extinguitur ipsa substantia debiti, *ἡ σύστασις τοῦ χρέους*, hoc est, illud ipsum, quod legatum est, perimitur, ut frustra desideraturus sit legatarius, actiones sibi ab hærede præstari, quæ nullæ supersunt. Hæc differentiæ ratio indicatur *d. l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 13. & *d. l. si sic legatum* 75. §. 2. nec absimile est, quod traditur *in l.* 7. §. *liberatio* 4. *de lib. leg.* legatum liberationis evanescere, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit. Sed & si ultro, quod debebatur, solutum est, vel acceptilatione aliave qualibet ratione debitor liberatus, legatum nominis, sicut & liberationis,
3 extinguitur, *l. id* 21. *de lib. leg.* Enimverò etiam hic admittitur probatio non mutatæ voluntatis ex facti circunstantiis, *l. pen.* §. *ult. de adim. leg.* Finge, ideo nomen exactum esse, quia forte debitor ad inopiam vergebat, & pecuniam pro deposito testatorem habuisse; poterat legatum aut fideicommissum peti, quasi non hoc animo testator debitum exegerit, ut legatum adimeret, *d. l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 15. Petetur autem hoc casu legatum rectà ab hærede; nam frustra etiam hic legatarius ageret cum hærede, ut actiones sibi cedantur: quippe quæ debitore liberato nullæ supersunt. Similiter si debitore ultro pecuniam obtulit, & acceptam item pro deposito testator habuit, placet, legati aut fideicommissi petitionem superesse, quasi voluntate non mutata, *d.* §. *ergo* 13. *l. fideicommissa* 11. Exigi verò etiam in hoc casu videtur, ut in deposito sit habita pecunia: secus autem esse, si ut in solutum data, ita simpliciter in solutum accepta sit, *arg. d. l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 13. *d. l. si id* 12. *de lib. leg.* ubi simpliciter Jurisconsultus respondet, solutione debiti extingui legatum nominis. Glossa tamen distinguendum putat inter debitorem, qui ultro solvit, & qui à creditore conventus: quam distinctionem Schneidvvino probari video. Ait, *nisi exegerit.* Quid ergo, si cùm pecunia peti cœpta es-
set, testator inter moras judicii, aut etiam 4
post sententiam nondum facta solutione decesserit? Bart. *in l. nepoti* 6. *de instruct. vel instrum. leg.* eumque secuti Ang. & Mynf. *hic*, putant, eo casu petitionem legati superesse, nec intelligi ademptum legatum quamdiu res non desiit esse planè integra. Et verò si rem legatam vendidisset testator, eaque nondum tradita decessisset, legatum pro extincto non esse habendum probat textus in *l. prædia* 27. §. *liberto* 3. *de instruct. vel instrum. leg.* Quod etiam nobis videri supra diximus in §. *si rem* 12. Sed non sunt hæc prorsus similia. Et alienatio rei legatæ non necessaria, & petitio debiti, argumenta sunt mutatæ voluntatis. Cæterum nuda venditio, seu quæ traditione consummata non est, pro alienatione non habetur, quod effectum attinet ademptionis; ideo scilicet, quia traditio arbitrii venditoris ejusdem testatoris est, qui rei dominio, quod transferre poterat, retento, & maximè si nec pretium acceperit, non videtur protinus legatum ademptum voluisse. Non debet autem legatario prodesse, quod moras nectit debitor, aut judex sententiam differt. Adde quod actio in judicium deducta consumitur, licet nova nascatur judicatio. Nihil sanè pro Bart. sententia facit, *d. l.* 6. *de instr. leg.* Nam in specie illic proposita vel maximè debetur quod exactum est, idque pro confesso sumitur, sed dubitatur, an si debitor condemnatus vivente testatore non satisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex sententia judicis debitum necdum solutum est, propter verba legati, *Quod meum erit*: quibus testator usus proponitur.

Damnas esto hæres meus domum illius reficere) 5
Etiam facta, ut diximus, rectè legantur, aut in fideicommissum deducuntur. Id est, damnari potest hæres, aliusve, qui testamento obligari potest, rogari, ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat; & qui jussus aut rogatus est, parere debet, modo ne quod fieri scriptum est, contra jus vel bonos mores sit, *l. si quis* 112. §. *pen. de legat.* 1. aut æstimationem non recipiat, veluti si hæres liberos suos emancipare jussus sit, aut extraneum aliquem adoptare, *l. filiusfam.* 114. §. *sed si* 8. *de legat.* 1. *l. uxorem* 41. §. *ejus hæres* 8. *de legat.* 3. junge tamen *l. si cui* 92. *de cond. & dem.* Facere jubetur hæres & licitè in exemplis hic propo-

si-

ſitis, cùm damnatur domum alicujus reficere, vel aliquem ære alieno liberare & ſimilibus, veluti ſi jubeatur alteri domum vel monumentum extruere, aut fundum vendere, *l. mortuo* 29. §. *ult. de legat.* 2. *l. ſi cui* 49. §. *antepen.* & *ſeqq. eod.* 1. *l. fideicommiſſa* 11. §. *ult. eod.* 3. Paul. 3. *ſent.* 6. Non facere, veluti ſi veretur fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, *d. l. filiusfam.* 114. §. *cum pater* 15. *de legat.* 1. *l. peto* 69. §. *fratre eod.* 2. Planè ſi id, quod fieri juſſum eſt, ad nullius utilitatem pertineat, veluti ſi teſtamento quid vetitum alienari, nec cauſa expreſſa ſit, & perſona ignoretur, propter quam teſtator id fieri velit, placet ſcripturam, quaſi nudum præceptum contineat, nullius momenti eſſe, *d. l. filiusfam.* 113. §. *Divi* 14. *l. pater* 38. §. *Julius* 4. *l. Lucius.* 93. *in pr. de legat.* 3. Ejuſdem generis ſunt, quæ à Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa ſepulturam voluntates, veluti ut veſtes aut ornamenta in funus impendantur, *l. ſervo* 113. §. *ult. de leg.* 1. *l. ult.* §. 2. *de aur. leg.*

TEXTUS.

De legato generali.

22. *Si generaliter ſervus, vel res alia legetur, electio legatarii eſt, niſi aliud teſtator dixerit.*

NOTÆ.

22. *Si generaliter*) Valet legatum generis, cùm corpora ei ſubjecta ſunt uniuſmodi, eadem forma interna & natura conſtant, veluti ſi homo, equus, aut bos legetur: alias inutile eſt, v. g. ſi animal legatum ſit. Sed & ſi domus legata ſit aut fundus, nec fundum ullum aut domum teſtator habeat, magis deriſorium, quàm utile legatum eſt, *l.* 69. §. 4. *de jur. dot.* fac. *l.* 18. *de leg.* 1. nimirum, quia iſta certàm determinationem à natura non habent, & nimium quàm utilitate diſtant, *l.* 24. §. 2. *eod.* 1.

Electio legatarii eſt) *L.* 108. §. 2. *eod. t. l.* 2. §. 1. *de opt. leg.* ut & in rebus disjunctim legatis, *l.* 34. §. *pen. eod.* 1. *l.* 23. *eod.* 2. Aliud eſt in contractibus, §. 33. *verſ. Huic autem, infr. de act. l.* 10. *in fin. de jur. dot.* Neque enim tam largam contractus, quàm ultimæ voluntates interpretationem recipiunt, *l.* 12. *de reg. jur.* Non eſt autem electio hæc planè libera, *d. l.* 37. *de leg.* 1.

Aliud teſtator dixerit) Aut ſermonem ad hæredem direxerit, ut in formula legati damnationis: nam per exæquationem legatorum nihil derogatum voluntati teſtatoris, §. 2. *ſup. eodem.* Weſemb.

COMMENTARIUS.

1 *Quid prudentibus ſit genus, quid ſpecies?*
2 *Definitionem hujus §. ad genera ſumma aut ſubalterna non pertinere, ſed tantum ad genus infinitum: nec tamen aliter, quàm ſi ſpecies huic generi ſubjectæ certam à natura habeant determinationem.*
3 *Si res generi legato ſubjectæ naturæ determinatæ non ſunt, legatum inutile eſſe, niſi teſtator res ex eo genere habeat: & num hoc etiam in fundo ſimpliciter legato obtineat?*
4 *Ubi utile eſt legatum generis, regulariter electionem eſſe legatarii.*
5 *Vetus & ſpecioſa inter genera legatorum circa poteſtatem eligendi differentia.*
6 *An ipſius differentiæ ratio adhuc habenda, poſtquam legatorum omnium una cœpit eſſe natura?*
7 *Quibus caſibus hæredis ſit electio, etiamſi teſtator id non expreſſerit?*
8 *Electionem in caſu noſtro non eſſe uſquequaque liberam, & quid hic jure patrio?*

INſignis hic locus eſt & difficilis. Illud pri- 1
mo notandum, genera à noſtris dici ea omnia, quæ ſub appellatione communi plures res huic appellationi ſubjectas continent, etiam ea, quæ plerique Dialecticorum ſpecies eſſe ajunt, genera eſſe negant; cujuſmodi ſunt, verbi cauſa, homo, equus, bos; ſpecies autem noſtris eſſe, quæ Dialectici vulgo vocant individua, & non eſſe ſpecies contendunt, ut Stichus, hic equus, hic bos. In quo noſtri communem uſum loquendi ſequuntur; veluti cùm dicunt, in mutuo recipi non eamdem ſpeciem, ſed genus; pro quo in ſcholis dicerent, non idem numero, ſed idem ſpecie. Quia etiam ex ſententia quorumdam philoſophorum revera quæ de individuis prædicantur, genera ſunt, ſcilicet infima, individua ipſa ſpecies, nempe ſpecialiſsimæ; atque adeo ab ipſo etiam Ariſtotele ſic appellantur, ut videre eſt *l.* 2. *philoſ. c.* 3. & *lib.* 3. *c.* 4. *item lib.* 1. *de part. animal. cap.* 4. Deinde non omne lega-
tum generis valere. Interpretes primum & re- 2
ctè hinc removent genera ſumma & ſubalterna, veluti ſi quis ſubſtantiam, corpus, aut animal ſimpliciter leget: quia in his ea eſt infinitas generis, ut rem leviſsimam ex eo genere & vel minimam de mundo, ut loquuntur, hæres præſtando liberaretur. Dein in genere

here infimo, quod uti diximus, in scholis est infima species, rectè distinguunt inter res huic generi subjectas, ut, si tales sint, quæ certam determinationem habeant à natura, ut homo, equus, bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat, *l. 13. l. legato. 37. in pr. l. si servus. 108. §. 2. de legat. 1. l. hæredes. 25. §. si incerto. 17. fam. ercisc.* Si verò natura determinatæ non sint, ut fundus & domus, (quippe quæ non natura, sed destinatione hominis constituntur, *l. 24. §. quod si 3. de legat. 1. l. locus. 60. de verb. sign.*) in eo omnes consentiunt, ut si testaor nullas ædes aut fundos habuerit, ex simplici harum rerum legato nihil debeatur, magisque derisorium tale legatum sit, quàm utile, *l. si domus. 71. de legat. 1. l. cum post. 69. §. gener. 4. de jur. dot. l. ita stipulatus. 115. in pr. de verb. obl.* utpote quod à superiore nihil aut parum utilitate distet; aut, quod magis puto, quia his rebus simpliciter legatis, nullisque à testatore relictis, tanta est incertitudo, ut nullo modo definiri possit, quantum præstari debeat, ac proinde similiter habendum, ac si ignotum legatum sit, *d. l. cum post 69. §. gener. 4.* Quod si testator fundos aut ædes habuerit, ædibus simpliciter legatis, omnes consentiunt, legatum esse utile, unasque ex his, quas testator reliquit, deberi: estque in eam rem textus apertus *in d. l. si domus 71. in pr.* At si fundum in genere legaverit, alii non magis hoc casu legatum valere putant, quàm si nullos fundos testator habuisset: alii tam fundi legatum utile esse, quàm domus, unumque ex fundis, quos testator regionibus distinctos habuit, præstandum. Pro illis facit, quod generaliter traditum est, fundo non demonstrato, nec legatum ullum nec stipulationem esse, *d. l. cum post 69. §. genera 4. d. l. ita stipulatus 115. in pr.* pro his exemplum ædium legatarum, *d. l. si domus 71. de legat. 1.* quarum & fundi hactenus eadem ratio videtur, *arg. d. l. 24. §. pen. de legat. 1.* tum quod cùm testator generaliter rem aliquam legat, dari jubet, de suis eum rebus sensisse existimandus sit, uti responsum est, si quis hæredem damnaverit, vinum, oleum, frumentum dare, non adjecta quantitate, hoc legatum sic esse accipiendum, quasi testator legasset vinum, oleum, frumentum suum, & tantum, quantum ex his generibus habuit, *l. 7. de trit. vin. ol. leg.* Cui sententiæ, quæ est Petri de Bellapert. in *d. l. ita stipulatus 115.* ego quoque accedo; quamvis contraria pluribus probata dicatur: quod tamen & ipsum incertum est, vel teste Gomezio & ipso contrariæ sententiæ assertore, *2. resol. 12. n. 32. & 2. resol. 11. n. 9.* consul. D. Don. *in d. l. ita stipulatus 115. n. 13. & seqq.* ubi simul docet, stipulationis & legati non eamdem per omnia in proposito rationem esse: quod & verum esse; vel ex sola collatione, *d. l. 7. de tritic. vin. leg. & l. triticum 94. de verb. obl.* apparet. Quinimmo, etsi nullum fundum nullasve ædes testator habuerit, ex æquitate tamen juris Can. atque ex verisimili mente defuncti simplex harum rerum legatum sustinendum esse, & pro modo facultatum ejus, dignitate, ac charitate, vel necessitudine legatarii statuendum, quales præstari debeant, post Archidiac. Panorm. Felin. & Alexandrum censet idem Gomezius *d. loc. n. 10.* ac moribus quoque id receptum tradunt Autumn. *confer. du droict. ad d. l. 71.* Grot. *2. introd. 22.*

Electio legatarii est) Ubi utile est legatum generis, placet, electionem non hæredi, sed legatario dari, ut hìc scriptum est, in *l. 2. §. 1. de opt. leg.* idemque est, si plures res disjunctim legatæ sint, veluti Stichus aut Pamphilus, *l. planè 34. §. pen. de legat. 1. l. si is cui 19. l. Lucio 23. eod. 2.* aut si ex duabus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit, puta si testator dixerit: *Ex duobus servis meis unum Titio do, lego, l. qui duos 20. de legat. 1.* Diversi autem casus sunt, qui proponuntur in *l. si quis 32. §. 1. l. cum servis 39. §. scio 6. eod.* Cæterum additur hìc exceptio, *nisi aliud testator dixerit.* Addamus & alteram, *nisi sermonem ad hæredem direxerit*; nisi potius dicimus, hoc etiam verbis illis, *nisi aliud dixerit*, significari. Sed etsi testator aliud non dixit, magna tamen adhuc cautione, quod hìc simpliciter definit Justinianus, in legato generis legatarii electionem esse, indiget. Jure veteri etiam, cùm genere legato, aut duabus rebus disjunctim, de jure eligendi quæritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis legatario, in damnationis hæredi electio permittebatur: cujus differentiæ testimonia non obscura videmus *in l. planè 34. §. pen. l. si à substituto 45. §. 1. l. si hæres 110. de legat. 1. d. l. si is cui 19. d. l. Lucio 23. l. si ita 43. §. ult. eod. 2. l. qui concubinam 29. §. 1. eod. 3.* Hoc autem & voluntas testatoris exigere visa est, & ratio juris. Voluntas testatoris: quippe qui in legato vindicationis sermonem confert ad legatarium, ei dans, legans, eum sumere, capere, sibi habere jubens. In legato autem damnationis hæredem alloquitur, damnans, jubensve eum dare aut facere. Ratio juris, quia is, cui per vindicationem res legata erat, non tam eam actione in personam ex testamento petere poterat, sed etiam jus

jus eam vindicandi habebat, & petendi actione in rem. Par autem est, ei electionem tribui, qui rem vindicare potest, quod significat African. *l. si servus* 108. §. 2. *de legat.* 1. ubi ait, ejus electionem esse oportere, cui potestas sit, qua actione uti velit. At cui per damnationem quid relictum erat, is eam rem vindicare non poterat, sed tantùm in personam ex testamento agere, hæredemque ut debitorem quasi ex contractu obligatum convenire hujusmodi puta formula, *Ajo, te mihi servum dare oportere*, aut hac, *Ajo, te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere*. Itaque juris ratio postulabat, ut hic hæredi concederetur electio exemplo cæterorum debitorum, quorum regulariter electionem esse in debito generis, aut pluribus rebus disjunctim promissis constat, §. *si quis agens.* 33. *ref. huic autem inf. de act. l. plerumque.* 10. *in fin. de jur. dot. l. ubi autem* 75. §. *qui illud.* 8. *de verb. obl.* Quæritur
6 verò, an hodie distinctionis istius ulla porro ratio habenda sit. Nam postquam Justinianus differentiam generum legatorum sustulit, legataque omnia sic exæquavit, ut etiam jus vindicandi, à quo jus eligendi pendere videtur, per *d. l. si servus* 108. §. 2. *de legat.* 1. ex omnibus concesserit, *l.* 1. *C. comm. de legat.* multis visum est, electionem legatarii factam perpetuam, neque ex modo legandi amplius æstimandam. Verùm ego eorum sententiam veneror, qui negant, legatorum illam exæquationem ad effectum, de quo hîc agimus, trahi oportere: quippe quæ, ut supra quoque monui, sic semper accipienda sit, ut ne quid admittatur contra voluntatem testatoris. Utri autem electionem tributam testator velit, legatarione, an hæredi non potest apertius declarare, quàm cùm jubet, aut legatarium vindicare, aut hæredem dare. Illic enim, cùm verba executiva, ut loquuntur, ad legatarium dirigit, apertissimè significat, se eligendi quoque potestatem ei facere: hîc verò cum eadem verba ad hæredem refert, hoc ipso contra ostendit, se hæredis arbitrio permittere, quam rem velit dare. Et igitur si testator legaverit, *Hæres meus damnas esto hominem dare*; vel sic alternativè. *Hæredem meum Stichum aut Pamphilum dare jubeo*: in his legatis dicimus, etiam nunc hæredi electionem concedendam, non obstante supra dicta exæquatione. Nihil enim magis rationi repugnat, quàm ut ibi electionem tribuamus legatario, ubi eam testator tam manifestè permittit hæredi. Quamobrem nec vindicationem legatario ante dari oportebit, cùm hæres declaraverit, quid ex genere aut rebus disjunctim hoc modo legatis præstare velit. Atque hanc sententiam post Gloss. Bart. & comm. DD. *in l. Lucio.* 23. *de legat.* 2. & *in l. legato.* 17. *eod.* 1. probat Gomez. 2. *var. resol.* 11. *nu.* 43. nec non summi viri Covar. *in c. indicante. num.* 3. x^. *de testam.* Ant. Faber 6. *conj.* 1. Wesemb. & Bachov. *hic.*

Nisi aliud testator dixerit) Aliud dixisse testator intelligi debet, non tantùm si expressis verbis hæredi electionem permiserit, *l. servo.* 12. *de opt. leg. l. hujusmodi.* 84. §. *Stichum.* 9. *de legat.* 1. *l.* 11. *in fin. eod.* 2. verùm etiam si verba legati executiva ad hæredem direxerit, ut fit, cùm quid per damnationem ab hærede legatur, ut jam dictum & demonstratum est. Planè enim cùm ex voluntate testatoris tota hæc res æstimanda sit, parum interest iis verbis, an per modum legandi voluntatem suam declaraverit. Sed etsi testator aliud non dixerit, 7
opus tamen hîc est non una cautione. Nam neque ad res omnes generaliter legatas definitio Justiniani pertinet, & ad quas pertinet, in his electio legatarii non est infinita. Sciamus igitur primum, definitionem tantùm pertinere ad eas res, quas ex eo genere testator habuit: si nulla habuit, placere, hæredis arbitrio potius rem permitti, quàm legatario infinitam electionem dari, de qua verisimile non est testatorem sensisse cum tàm insigni onere hæredis, *arg. l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. Et quod de vino certæ quantitatis expressè traditum est *l.* 3. *de trit. vin. leg.* non est dubium, quin ad cæteras quoque res pertineat, idemque dicendum sit, non solùm si certa quantitas, verùm etiam si corpus in genere legatum fuerit, puta servus, nec ullum servum testator reliquerit. Id quod etiam ex eo efficitur, quia rei, quæ testatoris non fuit, vindicatio legatario competere non potest: at illa cessante nulla electio, *d. l. si servus.* 108. §. 2. *de legat.* 1. Deinde nec pertinere definitionem ad res omnes, quas testator ejus generis habuit, sed ad corpora tantùm, aut species, non ad quantitatem: quippe quæ undecumque sumi & solvi potest, *l.* 4. *de tritic. leg. l. Titia.* 35. §. 1. *de aur. arg. leg.* & qua legata, ut quantitate, nec actionis electio nec vindicatio est. Sed & cùm corpora generale legato contenta certis finibus natura circumscripta non sunt, qualia sunt domus, navis, fundus, non legatarii, sed hæredis electio est, qui rem unam quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit. De domo legata hoc apertè scriptum est in *l. si domus* 71. *in pr. de leg.* 1. quapropter dubitandum non est, quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus, posito,

quod

quod non putamus, fundi legatum valere, si testator fundos habuit. Ratio est non ea, quam vulgo afferunt, quod hæres præsumatur melius scire, de qua re testator senserit; nam hæc ratio in hæredibus extraneis, in impuberibus, furiosis, &c. locum non habet, & si vera esset, hæredi indistinctè tribui deberet electio: sed ne, si legatario hic electionem concedimus, hæredem, supra quàm credibile est testatorem voluisse oneremus, quæ conjectura legis est, *d. l. unum* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 3. *tit.* 1. *n.* 26. Nam inter ædes & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest ut nulla sit proportio & major distantia, quàm inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupressos: quam ob causam, etiam his rebus generaliter legatis, si testator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur. Estque hæc etiam interpp. nostrorum communis opinio, teste Gomez. quam & ipse probat 2. *var.res.* 11. *n.* 9. Auctoritas Pandectarum Florentinarum, (in quibus hæc scriptura est in *pr. d. l. si domus.* 71. *Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur hæredes quam vellet domum ex his, quas testator habuit, legatario dare*) me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejusdem conditionis indistinctè legata, putarem legatario electionem competere: sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur, *cogetur hæres, quam domum volet, &c.* ob rationem allegatam; scriptura Florentina orationem efficit duriorem. In editione Haloandri legitur, *cogentur hæredes, quam domum volent, &c.* quæ scriptura etiam certius, quàm vulgata, hæredi electionem tribuit. Vinn. Sed magis est, ut servetur electio Florentina. Haloander enim ex ingenio scripsit *volent*, nec consensus reliquorum exemplarium opponi potest Florentinæ reliquorum fonti. Vid. Cl. Henr. Brenckmanæ *Hist. Pandect. lib.* 3. *cap.* 11. Si ergo plures hujus generis res reliquit testator, omnino electio erit legatarii. Nec obstat *l.* 37. §. 1. *ff. de legat.* 1. quippe ubi magis species certa legata, quam genus. Denique præsumptio quidem est, testatorem voluisse; quam minimum onerare hæredem suum, *l.* 67. §. 8. *ff. de leg.* 2. sed & fortior militat præsumptio pro legatario, quod ei electionem concedere voluerit testator, dum speciem certam non expresit. Hein. Postremo sciendum est, etiam tunc cùm legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut possit ex genere legato quodcumque velit etiam optimum eligere; puta verbi causa, homine generaliter legato, auctorem; sed conclusum intra modum, ut ne optimum accipiatur, *l. legato.* 37. *de legat.* 1. Unde apparet, veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario, neve hæres nimis oneraretur. Illud expeditum est, si de certo servo, aut re alia testator senserit, nec appareat de qua, hæredis electionem esse, *d. l. legato.* 37. §. 1. *fac. l. si quis.* 32. §. 1. *l. cum servus.* 39. §. *scio.* 6. *eod.* Secundum jus harum regionum sic in dubio, genere legato, circa electionem definiendum censet Grotius *lib.* 2. *manuduct. cap.* 22. Si ejus generis, quod legatum est, res sint in bonis defuncti, legatario electionem permittendam, sive res istæ naturalem determinationem habeant, ut equus, sive arbitrariam, ut domus, navis. Sin autem defunctus nullas ex eo genere res habuerit, aut si res pondere mensurave constans simpliciter legata sit; tum hæredi permittendum unde velit, hujus generis rem sumere & præstare: id enim voluntati defuncti, cujus solius apud nos ratio habetur, maxime videri consentaneum. Cæterum neque posteriore hoc casu hæredem defungi pessimum dando: neque priore illo legatarium posse optimum vindicare, extra quàm si duæ tantùm species istius generis in hæreditate defuncti reperiantur.

Textus.

De optione legata.

23. *Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem: & ideo nisi ipse legatarius vivus optasset, ad hæredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatum est, & data est licentia hæredi legatarii optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est sive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarii plures hæredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentium introducebant,) fortunam esse hujus optionis judicem, & forte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione præcellat.*

Notæ.

23. *Habebat in se conditionem*) Σιωπηρῶς; quod

tamen à Theophilo additum non est, ut quidam falsò tradunt.

Constitutione nostra) Extat *in l. ult. C. comm. de legat.*

Sorte esse dirimendum) Frequens admodum etiam apud veteres sortis judicium, *l.14. de judic. l.5. fam. erc. l.24. §.14. de fideic. lib.* ubi scilicet animi judicio negotium explicari non potest: alias sorti res non committitur, *l. 8. de pact. §. 1. sup. de satisd. tut. l. 47. in fin. pr. C. de episc. & cler.*

COMMENTARIUS.

1 *Legatum electionis idem esse, quod optionis diversum autem à simplici legato generis & alternativo.*
2 *Legatum generale & alternativum, quantumvis cum jure eligendi, non esse idem cum eo, quod optionis dicitur.*
3 *Optionis legatum habuisse olim in se conditionem, eamque cohærentem personæ legatarii, ita ut ad hæredes non transmitteretur.*
4 *Explicatur* l. si sic. legatum. 75. §. pen. de legat. 1. *rejecta interpretatione Donelli.*
5 *Notatur inconsiderantia Bachovii.*
6 *In* l. ult. C. comm. *de legat. nihil cautum de jure optandi transmittendo: sed temere diversos casus misceri.*
7 *Frequens fuisse apud veteres judicium sortis; qui & micatione digitorum usi.*

1 QUidam putaverunt, aliud esse legatum optionis, aliud electionis; quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem, manifestè apparet, ex *l. 5. de legat. 1. l. 1. l. 2. in pr. & §. ult. l. 4. l. si tibi. 8. in pr. & pass. tit. de opt. vel elect. leg.* Cæterum legatum optionis seu electionis diversum esse à simplici legato generis aut alternativo, certum est, *d. l. 2. in pr. & §. 1. l. cum ita. 9. §. 1. d. tit.* Nec una inter hæc differentia est. Nam primum in legato optionis solemnis est & expressa electio; in legato autem generis & alternativo inest quidem etiam electio, sed tacita & simplex, non solemnis. Deinde optionis legatum semper relinquebatur per vindicationem: generis aut alternativum sæpe per damnationem.
2 Hinc est, quod in legato optionis electio sit essentialis, atque ea, legata optione, non possit non esse legatarii; in legato autem generali & alternativo nonnunquam hæredi electio competit; vel quia expressè ei data est, vel quia forma legandi tacitè in eum collata. Præterea generis legatum purum est, ac proinde si antequam vindicet, legatarius decesserit, ad hæredem transmittitur, *l. nec semel. 12. §. pen. quan. dies leg. ced.* at optionis legatum habebat olim in se conditionem, scilicet si ipse legatarius optasset, ut hìc ait Justinianus: eratque adeo jus hoc optandi merè personale, ut in hæredem transferri non potuerit. Ad hæc cui genus legatum est, ei optimum ex eo genere eligere non licet, *l. legato. 37. de legat. 1.* ei autem licet, cui legata est optio, *l. si quis. 9. §. 1. de dol. mal.* Grot. 2. *manuduct. cap.* 22. excepto casu speciali *l. ult. §. 1. C. comm. de leg.* Denique optio solemnis numeratur inter actus legitimos, *l. actus. 77. de reg. jur.* quo sanè referri non potest simplex, quæ legato generis inest, electio. Planè *in d. tit. de opt. leg.* occurrunt quidem etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui arbitrium eligendi permittendum sit, ut in *l. 2. §. 1. l. servo. 12. l. si Pamphilo.* 10. sed aliter fieri non potuit propter affinitatem, quam alterum legatum cum altero habet. Et enim in utroque electio: & in eo quoque conveniunt, quod semel dumtaxat optare aut eligere licet, *l. 5. de legat. 1. l. apud Aufidium. 20. de opt. leg. fac. l. hujusmodi. 84. §. Stichum. 9. de leg. 1. l. statu liberum. 11. in fin. eod. 2.* Idem in his, quod in utroque legato singulæ res quodammodo sub conditione legatæ intelligantur, *l. 3. qui & à quib. man.* quod res omnes, quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ, *l.4. de opt. leg. l. 3. §. item si 6. ad exhib.* Quin amplius, etiamsi in legato generis aut alternativo nominatim facultas eligendi legatario data sit, veluti si ita testator dixerit, *Titio servum, quem voluerit, do, lego*, vel; *illud aut illud, utrum elegerit*, puto tamen nihilo magis optionem legatam; sed pro simplici legato generis aut alternativo hoc etiam habendum, *arg. l. illud aut illud. 19. de opt. leg.* Propriè enim optio legata dicitur, cum ipsa electio, τὸ προαιρεῖσθαι, legatur, veluti si dicat testator, *Titio optionem servorum meorum do, lego*: quo casu tres servos eligi posse rescriptum est, *l.1. eod.* vel sic: *Titius ex servis meis, quem volet, optato*: vel, *Ex scyphis meis, quem velit; eligito, sibique habeto.* Julianus in *l. si Pamphilo. 10. eod.* verbum optionis in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

Habebat in se conditionem) Σιωπηρῶς. Veteres, 3
ut hìc commemorat Justinianus, credebant, legatum optionis in se habere hanc conditionem, *si ipse legatarius optasset.* Quæ quidem conditio etsi tacitè inerat, cujus generis conditiones non solent facere legata conditionalia, *l. conditiones. 99. de cond & dem.* tamen

quia

quia ex voluntate testatoris videbatur proficisci, eamdem vim atque effectum habebat, quam habent conditiones cæteræ, quæ ex testamento veniunt, scilicet ut legatum efficeret conditionale. Sed & ipsa conditio legati quasi personæ injuncta ab alio quam à legatario ipso impleri non poterat, ut proinde jus eligendi in optionis legato personale esset, & vel ideo ad hæredem mortui ante electionem legatarii transferri non potuerit. Non obstat, *l. si sic legatum 75. §. pen. de legat. 1.* ubi sic scribit Ulp. *Si quis ita stipulatus, Stichum aut*
4 *decem, utrum ergo velim, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur hæres ejus, ut præstet legatario actionem, electionem habituro, utrum decem an Stichum persequi malit.* Nam ut superius diximus, legatum generale aut alternativum, licet cum jure eligendi, non est idem aut ejusdem prorsus naturæ cum legato, quod in specie dicitur optionis. In legato hujusmodi, *illud aut illud*, utrum elegerit legatarius, est quidem etiam electio personalis, sed hactenus ut servo aut filio cohæreat, *l. si stipulatus 76. de verb. obl.* non ut nullo electo, decedente legatario, post diem legati cedentem ad hæredem jus electionis non transmittatur: transmitti enim expressè scriptum est à Paulo in *l. illud 19. de opt. leg.* nec illa est inter tale legatum & ejusdem generis stipulationem differentia. Jam verò si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, mortuo me ante electionem, in hæredes obligatio transit, ut idem Paulus respondet in *d. l. si stipulatus 76. de verb. obl.* Nec est admittendum, quod Donellus in *d. l.* existimat, obligationem transire, electionem non transire; quo nomine etiam reprehenditur à Bachovio *hic*: nam Donelli illam opinionem cum ipse locus satis refellit, tum perspicuè species paulo ante proposita ex *d. l. si sic legatum 75. §. pen. de legat. 1.* Nisi enim una cum obligatione ipsum etiam jus eligendi, quod ex stipulatione testatori quæsitum erat, in hæredem ejus translatum fuisse ponamus, hæres cedendo actionem, id jus transferre in legatarium non potuit: quippe quod nec ipse habuit. Inconsideratè autem Bachov. jus electionis ex contractu quæsitum in q. proposita distinguit ab eodem jure delato ex testam. quasi illud non impediatur conditione, quominus ad hæred. transeat, hoc contra. Nam etsi verum & notissimum est, legatum conditionale, mortuo pendente conditione legatario, intercidere, stipulationem autem sub conditione contractam, mortuo ante conditionem stipulatore, non extingui, sed spem obligationis transmitti in hæredem, *§. sub conditione 2. inf. de verb. obl. l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. is cui 42. de obl. & act.* hæc etiam differentia non pertinet ad conditiones, quæ personis injunguntur: qualis sit omnino necesse est in memorata stipulatione, si eam conditionem facimus, & nempe eadem, quæ in legato optionis, si ipse stipulator elegerit. Conditio omnis in personam certam collata personam non egreditur, deficietque, nisi in persona ejus impleta fuerit, *l. qui hæredi 44. l. si ita 69. de cond. & dem.* Hinc jam opinor intelligimus, non temere credendum iis esse, qui pro certo tradunt, apud Paul. in *d. l. illud 19. de opt. leg.* scriptum fuisse, *transmitti non placuit*; Tribonianum autem responsum Pauli ad jus novum & constitutionem Justiniani in *l. ult. C. comm. de legat.* accommodasse sublata negatione.

Ex constitutione nostra data est licentia hæredi legatarii optare) Ubi Justinianus caverit, quod hic se cavisse dicit, ut legatum optionis ad legatarii, qui non optavit, hæredem transmittatur, non invenio. Interpretes omnes intelligunt *l. ult. C. comm. de leg.* & sanè ea, quæ 6
mox sequuntur de dissensione plurium hæredum circa electionem sorte dirimendam, arguunt, eam constitutionem hic significari. Etenim, quod Interpretes non animadverterunt, nihil amplius ea constitutione sancitur, quàm si ut hæredes legatarii inter se de electione non conveniant, controversia sorte dirimatur: de jure verò optandi ad hæredes legatarii ante electionem mortui contra rationem juris veteris transmittendo, planè nihil ibi cavetur. Immo verò constitutio sic scripta est, ut ex ea nihil aliud colligi posse videatur, quàm quod etiam apud veteres jam olim sic obtinuerit, ut legata optione, si legatarius ipse non optasset, ad hæredes ejus jus optandi traduceretur. Memorat enim, inter veteres dubitatum fuisse, quid statuendum foret, si plures legatarii, quibus optio legata esset, vel unius legatarii plures hæredes circa electionem corporis dissentirent. Inepta profectò dubitatio, si electio in legato optionis merè personalis fuit, hoc est, ita personæ legatarii cohæsit, ut nec ad hæredes ejus transierit. Quid dicam non habeo, nisi quod Tribonianus diversos casus temere videtur miscuisse, & casum plurium legatariorum de electione disputantium inconsideratè confudisse cum casu plurium hæredum unius legatarii: quod & Bachovius existimat. Vinn. Ast tanta oscitatio cadere non videtur in Tribonianum. Ex nostro §. patet, primo conditam constitutionem, eaque cautum, ut & hæredes legatarii optare

pos-

possent, deinde diligentiore habito tractatu, ei constitutioni aliquid additum esse. Prior constitutio priori inserta Codici periit, additamentum migravit in eodicem repetitæ prælectionis, habeturque *l. ult. C. comm. de legat. & fideic.* Nec est quod aliquem turbet, quod Tribonianus ibi speciem proponat, ubi legatarii hæredes dissenserint circa electionem. Nam hujusmodi speciei & jure veteri locus esse potuit, si testator ita legaverit, *Titio, aut eo mortuo: ejus hæredibus servum, quem optaverint, do, lego.* Itaque ex *d. l. ult.* non sequitur, ut jam ante Justinianum legatarii hæredibus jus optandi fuerit. HEIN.

Optare servum) Quod de servo hìc dicitur, exempli id causa dictum intelligimus, atque ad rem quamlibet, cujus optio legata sit, pertinere, *d. l. ult. C. comm. de leg.* Sic passim videmus, in optionis legato tantùm servorum mentionem fieri: & Papinian. in *l. actus* 77. *de reg. jur.* servi optionem refert inter actus legitimos, non quod non idem fuerit in aliarum rerum optione legata; sed quia plerumque servorum potius, quàm aliarum rerum optio legari solita erat: unde & de eo sæpius Jurisconsulti & consulebantur & scribebant, id quod manifestè apparet ex lectione totius *tit. de opt. leg.*

Sorte hoc esse dirimendum) Si plures legatarii, vel unius plures hæredes in optando dissentiant, unus forte, qui optet, constitui, cujus optionem cæteri ratam habeant, expressè cautum est *d. l. ult. C. comm. de legat.* Frequens autem admodum etiam apud veteres fuisse sortis & fortunæ judicium, ex variis Jurisconsultorum responsis elucet: *l. sed cum* 14. *de judic. l. generaliter* 24. §. *quid ergo* 17. *de fideic. lib.* quamquam vix, ubi negotium animi judicio explicari potest: de quo nos *lib.* 1. *select. quæst. c.* 35. Utebantur, antiqui & micatione
7 digitorum: Varro, *Micandum erit cum Græco, utrum ego illius numerum, an ille meum sequatur.* Cicero 1. *de offic.* *Sed quasi aut sorte aut micando victus, alteri cedat alter.* Suet. *in August. c.* 13. *Patrem & filium pro vita rogantes sortiri aut micare jussit.* Quando autem & quibus casibus res dubia sorti permittenda sit, ab hoc loco, alienum est quærere. VINN. In loco Suetonii alii legunt *sortiri aut dimicare*: Sed *micare* habuit Codex MSC. Salmasianus. Sic res olim in foro, sic carnes de lanio micando emebantur. Quod Turcium Apronianum, V. C. Præfectum urbi, utilitate suadente sustulisse, ex marmore veteri intelligimus. Vide plura apud Casaub. in not. ad Sueton. *l. c.* HEIN.

TEXTUS.
Quibus legari potest.

24. *Legare autem illis solùm potest, cum quibus testamenti factio est.*

COMMENTARIUS.

TRansit hìc Imperator ad partem principalem hujus tituli secundam, in qua agitur de personis, quibus legari potest. Sic autem initio definit legari illis solùm posse, cum quibus testamenti factio est. Non ait, qui testamenti factionem habent; quo soli propriè significantur, qui testamenti faciendi jus habent; ut ostendimus supra in §. *testes autem* 6. *de test. ord.* sed cum quibus testamenti factio est: quo continentur etiam qui ipsi testamentum facere non possunt, modo jus capiendi ex alieno testamento habeant. Quinam autem isti sint, docetur §. *extraneis* 4. *præc. tit.* De iis, qui capere non possunt, dictum est in hæredum institutione. Olim hac in parte nonnulla inter legata & fideicommissa differentia fuit, poteratque quibusdam incapacibus fideicommissum relinqui, quibus legari non poterat, vel propter conditionem libertinitatis, vel propter leges Voconiam, Juliam, Papiam, aut similes quibus capere, aut totum capere vetabantur: qua de re forte uberius infra *sub tit. de fideic. hær.* Illud nunc sciamus, legibus istis & differentiis incapacium sublatis, nullum amplius hac in re discrimen inter legata & fideicommissa superesse.

TEXTUS.
Jus antiquum de incertis personis.

25. *Incertis verò personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat,* Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato. *Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æquè incertæ personæ legari videbatur: & denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari; quia placebat, nominatim servos liberari. Sub certa verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè legabatur: veluti,* Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato. *Incertis autem personis legata vel*

fi-

fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

Notæ.

25. *Incertis personis*) Receptum tamen fuit, ut pauperibus, *l. 24. C. de episc. & cler.* civitatibus, *l. 16. ad SC. Trebell. l. 22. de leg. 1.* corporibus & collegiis licitis, *l. 12. C. de hær. inst. l. 1. §. 15. ad Treb.* relicta, rata essent.

Commentarius.

1 *Exponuntur aliquot loci ex quibus falso quidam colligunt, etiam jam olim hæreditatem legatumve incertis personis relinqui potuisse.*

2 *De legatis relictis civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.*

3 *Cur ejus, quod incertæ personæ relictum erat, per errorem soluti non esset repetitio.*

INcertæ personæ olim neque hæreditas, neque legatum, aut fideicommissum relinqui poterat. Ulp. *tit. 22. §. 3. & tit. 24. §. incertæ 18.* Paul. *3. sent. 6.* Ratio hæc erat, auctore Ulpiano *d. tit. 22. §. 3.* quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis duodecim, *Ut quisque legasset*, veteres interpretati sunt, ut quisque certo consilio ac solido judicio statuerit, &c. At hæreditatem bonave sua magno sæpe labore quæsita relinquere incertæ personæ, tam certi consilii non est, ut potius species quædam dementiæ esse videatur. Non est contrarium, quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse: *Illis, qui testamentum meum obsignaverint, hæres meus decem dato, l. si quis 14. de reb. dub.* Nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur, id non incertis, sed certis personis relinqui intelligitur, Etsi enim tunc incerti & testatori ignoti sunt, cùm is privatam voluntatem suam scribit, tamen non possunt non esse certi eo tempore, quo propriè testamentum fieri dicitur, hoc est, cùm solemnia peraguntur, quibus adhiberi testes nisi sciente testatore & rogante non possunt. Non obstat quoque *l. in tempus 62. §. 1. de hær. instit.* agitur enim ibi expressè de institutione certæ personæ, quam & testator proprio nomine designavit: sed quia plures erant testatori eodem nomine amici, non apparebat, de quo sensisset: cujusmodi in causa audienda est probatio voluntaris; & qui probare poterit, de se sensisse defunctum, admittendus, *arg. l. falsa 33. §. 1. de cond. & dem.* quamvis totam exceptionem illam, *nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit*; responso Jurisconsulti adjectam à Triboniano nullus dubitet, add. Anton. Fab. *5. conj. 19.* Magis videtur obstare *l. 5. de reb. dub.* Respondet Donellus, proponi illic legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sed ex certis tamen; quod etiam olim licuit, ut statim audiemus: quippe verba illa fideicommissi, *Sive quis alius restitutionem mihi impetraverit*, cum Juliano & Cajo sic interpretanda, si quis alius ex amicis quorum testator mentionem non fecit. Alii putant, etiamsi quis alius curaverit testatorem restitui, non minus fideicommissum deberi, quasi pro beneficio, quod speratur, datum. Porro ex hoc jure manavit, quod nec civitates, nec municipia aut collegia hæredes instituti aut legatum capere potuerint, Ulp. *d. tit. 22. §. 4.* Plin. *lib. 5. epist. 7. ad Calvisium*: *Nec hæredem* inquit, *institui, nec percipere posse rempub. constat.* Cæterum postea, ut hæc corpora legatum capere possent, permissum fuit, etiam tempore mediæ Jurisprudentiæ, *l. si quis 37. in fin. l. si hæres 73. §. 1. l. 1. si quid 117. l. civitatibus 122. de legat. l. cum senatus 20. de reb. dub. l. omnibus 26. ad Treb.* A Nerva hoc primum introductum, post deinde à senatu auctore Hadriano diligentius constitutum fuit, Ulp. *tit. 24. §. civitatibus. 28.* Paulus Marco id tribuit, *d. l. cum senatus. 20.* In propriis nominibus facilis est auctorum lapsus. Tamdem etiam concessum, ut civitates & municipes hæredes institui possent, *l. hæreditatis. 12. C. de hær. inst.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejusdem Ulpiani *tit. 22. §. 4. & d. l. omnibus 26. ad Treb.* quibus locis hoc tantùm traditur, fideicommissam hæreditatem municipibus restitui ex Senatusconsulto Aproniano. Eamdem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat: quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur, daturque jus & nomen hæredis episcopis, œconomis, xenodochis: nomen, ut sint hæredes: jus, ut debita exigant, creditoribus hæreditariis respondeant, pauperibus relicta dividant, *l. id quod 24. l. si quis 49. §. 1. & seqq. C. de Episc. & Cler.* Cyn. Bald. Salic. *in d. l. id quod 24.* Bart. *in l. 5. de reb. dub.* Tulden. *ad tit. C. de incert.* Vinn. Hujus juris historia non satis accuratè exponi videtur à Vinnio. Quamvis enim Ulpianum sequutus, à Nerva antiquum jus primum mutatum esse existimet; id tamen non satis conciliari posse videtur loco Plinii, quia sua ætate nondum capere potuisse res publicas tradit, idque sub Trajano, ut videtur.

Nam

Nam in eadem *epistola* 7. *lib.* 5. liberalitatis ac munificentiæ erga Novocomenses mentionem facit, quam jam post consulatum ostendisse videtur, uti ex marmore apud Gruter. P. CCCCLIV. & MXX. VIII. adparet. Primum ergo SC. permissum videtur ut caperent civitates fideicommissa, idque sub Hadriano, consule Apronio, anno Christi 117. vel 123. Sub eodem & legata civitatibus relicta SCto. firmata. Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 28. Unde legati hujusmodi exemplum exstat in *l.* 101. *ff. de leg.* 3. Postea D. Marcus id jus etiam ad collegia, *l.* 20. *ff. de reb. dub.* immo etiam ad vicos protulit, *l.* 73. §. 1. *ff. de legat.* 1. Denique & hæredes institui potuere civitates non demum per Constitutionem Leonis Thracis, *l.* 12. *C. de hær. inst.* sed jam temporibus Pauli, id est Severi & Caracallæ, ceu ex *l.* 121. *ff. de legat.* 1. colligimus. HEIN.

Quam incerta opinione) Incerta persona hic dicitur, quam testator animo suo incerta & cæca opinione subjicit, id est, cùm mens & cogitatio testatoris nullis certis finibus circumscripta tamquam in immenso atque infinito vagatur: nam si mens ejus certo numero personarum, quas omnes novit, terminetur, incertitudo personæ legatarii legatum non vitiat, ut exempla subjecta demonstrant.

Qui primi consules designati) Puto, hoc exemplum ad eum pertinere, qui vel ante candidatorum numerum constitutum, vel cùm eos non nocet, incertissima opinione dixit, *qui primi consules designabantur.* Quod si è constituto jam candidatorum numero, quos testator novit, ei qui primus consul designatus fuerit, centum legaverit, magis est ut hoc legatum valeat, ut relictum uni ex certo personarum numero cum certa demonstratione.

Libertas quoque incertæ personæ) Antea dixit, ne militem quidem legatum aut fideicommissum incertæ personæ relinquere potuisse, etsi militum testamenta nullius adstringebantur juris civilis subtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit, quod incertæ personæ legari non potuit. Aliam nunc subjici ejusdem juris ampliationem, quod nec libertas, cujus summus alioqui favor semper fuit, incertæ personæ dari potuerit, addita ratione, *quia placebat nominatim servos liberari*, quod videtur cautum fuisse lege Fusia Caninia. Ulp. *tit.* 1. §. *ult.*

Sub certa verò demonstratione) Ex certo personarum ordine aut numero cum certa demonstratione legari incertæ personæ etiam olim jus fuit, veluti: *Ex collegis meis, qui nunc sunt*, aut: *Ex cognatis meis, qui primus ad funus meum venerit*, aut: *Qui filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illud dato.* Ulp. *tit.* 24. §. *incertæ* 18. Et notandum in exemplo proposito demonstrationi expressè addi hæc verba, *qui nunc sunt*: alioqui incerta adhuc foret demonstratio.

Per errorem soluta repeti non posse) Hic locus confirmat id, quod ante diximus, ex subtilitate quadam juris civilis hoc esse, quod incertæ personæ legari non potest. Neque enim ratio naturalis impedit, quominus verbi caussa, ei, qui filiam meam aliquando uxorem ducturus est, hæredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujusmodi relicto etiam olim nascebatur debitum naturale, id est, hæres ex tali voluntate naturaliter obstringebatur, quæ causa est, quod Imperatorum constitutionibus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ personæ legatum erat, soluti per errorem repetitio esset: quippe naturalis obligationis hic certissimus jure quoque civili effetus est, ut impediat ejus, quod ex ea caussa solutum est, repetitionem, *l.* 13. *l. si pœnæ* 19. *de cond. ind. l.* 10. *de obl. & act.* Christin. *vol.* 4. *dec.* 50. *num.* 4. erratque adeo manifestè Pacius, hunc locum restringens ad legata, quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mynsing. non fuit, ut falsò existimat Bachovius.

TEXTUS.

Jus antiquum de posthumo alieno.

26. *Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos hæredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.*

NOTÆ.

26. *Ex mancipato filio conceptus*) Alienorum posthumorum diversa sunt genera, & varii gradus: v. Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Posthumos esse similes incertis personis: cæterum non per omnia eodem jure cum his censeri.*
2 *Posthumi alieni qui? & eorum diversa genera.*

QUi in utero sunt, sive posthumi, & tam alieni quàm sui, in hæreditate legitima semper pro jam natis habiti sunt, & capaces hæreditatis sibi ab intestato delatæ,

l.

l. pen. de stat. hom. l. pen. de leg. 1. Verùm in hæreditatibus testamentariis & legatis nemo posthumus pro nato, initio habitus fuit, propter verba legis duodecim tabularum, *Uti quisque legassit*, &c. quæ sic à prudentibus, ut etiam ante diximus, accepta sunt, uti quisque certo consiliò ac judicio decreverit, &c.
1 Cùm enim posthumi omnes incertæ sint personæ, aut incertis personis similes, contra legem fieri visum est, si aut hæredes instituerentur, aut legatum iis daretur, quasi non solido consilio id à testatore factum esset, ignorante, & an nasciturі sint, & quales nascituri, & quot nasciruri. Paulatim tamen disputatione fori propter utilitatem & non sine mgana ratione receptum, ut posthumi sui rectè hæredes instituerentur, & legatum ex testamento caperent. In posthumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum; qua de re fusius disputavimus sub §. 2. *sup. de exhær. lib.* Non in omnibus tamen eamdem rationem posthumi alieni & cujusvis alius incertæ personæ fuisse, ex eo apparet, quod fideicommissum posthumo alieno utiliter relinquebatur, *l. 5. in fin. de reb. dub. 2. de jur. eod.* cæteris incertis personis inutiliter. Et verò non est postumus planè similis tali personæ, quam testator omnino incerta & cæca cogitatione animo suo subjicit: sed magis & quodammodo similis iis, quos numquam vidimus qui etiam hæredes institui possunt, §. *ult. sup. de hær. inst.* Cæterum quod hic Justinianus ait, posthumo alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obstat *l. 6. de reb. dub.* nam in calce præcedentis *l. 5.* proponitur quis rogatus hæreditatem restituere posthumo suo vel alieno:& mox continenter in *l. 6. seqq.* posthumus hæres institutus, vel cui legatum relictum est. Respondeo, sunt loci isti diversorum auctorum: ac proinde necesse non est, ut quod in uno dicitur de posthumo vel suo vel alieno, cui hæreditas restitui jussus est, repetatur in altero, in quo simpliciter proponitur posthumus hæres institutus, aut legatum posthumo datum: nec illud etiam hoc loco quæritur, an cum posthumo, & cum quo testamenti factio sit, sed an & quando posthumus partem faciat?

Inter suos hæredes testatori futurus non est) Posthumus suus & alienus sic inter se opponuntur, ut suus posthumus dicatur, qui si vivo testatore nasceretur, in potestate ejus esset, primumque ab eo gradum in familia obtineret, uno verbo, qui nasceretur testatori suus hæres: qualis est is, qui in utero uxoris testatoris est, aut uxoris filii ejus præmortui, aut emancipati, postquam uxor jam conceperat, §. *pen. sup. de tut.* §. 2. *tit. præc.* Posthumi alieni omnes, qui, si vivo testatore nascantur, aut in ejus potestate familiave non nascuntur, aut non nascuntur proximo ab eo gradu, uno verbo, qui sui aut inter suos non nascuntur. 2
Horum autem diversa sunt genera & varii gradus. Primum posthumus alienus avo est nepos natus ex filio, etiam quem superstitem in potestate habebat; quamdiu enim filius in familia manet, nepos ex eo suus hæres avo non agnascitur, §. 2. *sup. de exh. lib. d.* §. 2. *præc. tit.* §. 2. *de hær. ab intest.* At enim quia aliquando fieri potest, ut hic nepos posthumus suus hæres testatori agnascatur, puta si filius vivo testatore decesserit: pro suo hactenus habitus, atque ex formula Galli hæres institui potuit, *l. Gallus* 29. *de lib. & post.* Magis alienus posthumus est nepos, conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob caussam jam dictam hujus tantùm nepotis posthumi fit mentio: item qui in utero est uxoris filii, qui in adoptiva familia est, *l.* 1. §. *si filius* 8. *de vent. in poss. mitt.* & qui nasci speratur ex testatoris filia, §. *ult. sup. de pat. pot.* Eadem porro ratione posthumus matri alienus est posthumus, puta si cæso utero extractus fuerit, *l. 6. fin. pr. de inoff. test.* & aviæ, qui in ventre est filiæ, aut uxoris filii: & adhuc magis alieni, qui nascituri sunt ex agnatis aut cognatis, *l. pen. de leg. 1. dict. l. 6. de inoff.* Postremo alienissimi & maximè extranei, qui neque legitimi futuri sunt, neque cognati, *l. 6. de vent. in poss. mitt.* Hos autem omnes Justiniani definitio complexa est.

Textus.

Jus novum de personis incertis & posthumo alieno.

27. *Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta; quum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medemur, non solùm in hæreditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela sua posteritati cavere.*

Notæ.

27. *In nostro Codice constitutio*) Desideratur hæc Justiniani constitutio. Ex verbis autem hujus textus hoc constat Justinianum cavisse, ut incertitudo personæ, cui aliquid legatum est, non vitiet legatum, si vel in præsens, vel ex

ex futuro eventu certitudo aliqua apparere posſit.

COMMENTARIUS.

Hujuſmodi ſpecies ſine juſta emendatione) Dubium eſt, utrum indiſtinctè hoc referendum ſit ad ſpeciem de incertis perſonis, de quibus ſuperius egit, an verò tantùm ad ſpeciem de alieno poſthumo, cujus proximè meminit in §. *prac.* Sed rectè plerique Interpp. ſentiunt, Juſtinianum loqui in univerſum de ſpecie incertarum perſonarum, quas hactenus commemoravit, atque hoc dicere: conſtituiſſe ſe, ut & poſthumo alieno & cæteris perſonis incertis, quas modo eventus poſtea demonſtrarit, legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo ſatis intelligitur, quod ſcriptum eſt in §. *incertis 25.* incertis perſonis legari olim conceſſum non fuiſſe: quod ſtultè diceretur, ſi ne nunc quidem id conceſſum eſſet conſtitutione Juſtiniani. Habemus etiam certiſsima hujus rei argumenta in hoc ipſo §. quo in progreſſu judicabimus. Hoc tamen dubii adhuc relinquitur, quatenus ſcilicet jus illud, quod de incertis perſonis recenſuit, emendarit. Non enim dicit, ſe id jus penitus ſuſtuliſſe, ſed non penitus reliquiſſe inemendatum. Ex verbis quidem Juſtiniani nihil hic colligere poſſumus, quàm hoc eum conſtitutione ſua caviſſe, ut incertitudo perſonæ, cui quid legatum eſt, non amplius vitiet legatum, ſi ulla ratione vel nunc, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere poſsit. Sed tamen non ſemper id admittendum videtur. Quid enim ſi eventus inciderit in eas perſonas, mortuo aut ignorante teſtatore, quibus veriſimile non eſt, ſpecialiter eum legaturum fuiſſe? Finge ſic eſſe legatum, *Qui filiam ſuam filio meo collocaverit, ei hæres meus centum dato*: eamque collocaſſe ignorante teſtatore, qui inimicus teſtatori fuerit, qui peſſimè de eo meritus, qui ſit infamis aut vitæ flagitioſæ: non putarem, huic quicquam ex hujuſmodi legato deberi, ne nunc quidem poſt conſtitutionem Juſtiniani. Certius verò de re tota conſtitui poſſet, ſi conſtitutio, ad quam hic relegamur, extaret: ſed in Codice, quo nunc utimur, deſideratur. Græcam fuiſſe veriſimile eſt, omiſſamque à Latinis deſcriptoribus intercidiſſe.

Non ſolùm in hæreditatibus) Ergo olim nec hæres inſtitui incerta perſona potuit: quod etiam diſertè ſcriptum eſt ab Ulp. *tit.* 22. §. 3. De poſthumo tamen alieno teſtatur ipſe Juſtinianus §. *ſeq.* potuiſſe eum & antea hæredem inſtitui. Cæterum hoc quomodo accipiendum ſit, ibi declarabimus.

Et fideicommiſsis) De fideicommiſsis cautum propter perſonas incertas, §. *incertis 25. ſup. eod.* nam poſthumo alieno etiam antea fideicommiſſum relinqui potuiſſe evincitur ex *l. 2. de jur. cod. l. 5. §. ult. de reb. dub.* Et hoc tertum argumentum eſt, Juſtinianum non ſolùm de poſthumo alieno caviſſe, ſed de cæteris quoque perſonis incertis.

Tutor autem nec per noſtram conſtitutionem incertum dari) Hoc iterum locus oſtendit, verum eſſe, quod diximus, Juſtinianum in conſtitutione, cujus hic meminit, emendaſſe jus de perſonis incertis, non ſolùm poſthumis: male enim alioqui in ea tutorem incertum exciperet. Quod autem exceperit tutorem incertum, atque in eo jus vetus conſervari voluerit, *l. tutor 20. de teſt. tut.* ad cautionem pupilli pertinet: quippe cujus intereſt, ne incerti aut ignoti, de quorum fide, diligentia ac moribus teſtatori conſtare non potuit, ad tutelam admittantur, maximè ſine ſatiſdatione, à qua tutores teſtamentarii immunes ſunt. Cui adde, quod in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea ſuſcepta tutor conſequatur.

TEXTUS.

De poſthumo alieno hærede inſtituto.

28. *Poſthumus autem alienus hæres inſtitui & ante poterat, & nunc poteſt: niſi in utero ejus ſit, quæ jure noſtro uxor eſſe non poteſt.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo accipiendum, quod hic ait Juſtinianus, poſtumum alienum etiam antea hæredem inſtitui potuiſſe?*
2 *Confutantur Alciatus & Bachovius, qui putant huic loco deeſſe negationem.*

Etſi, ut ſuperius dixi, antea ita jus fuit, ut poſthumo alieno inutiliter legaretur: nihilominus tamen, ut nunc hic ait, hæres inſtitui is poſthumus etiam antea potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis, quæ ſupra relata ſunt de inutili inſtitutione poſtumi alieni, & de emendatione juris veteris etiam hac in parte à Juſtiniano facta. Tum ſi antea poſthumus alienus hæres inſtitui potuit, quid opus fuit addere, etiam nunc eum inſtitui poſſe? An quia conſtitutione ſua jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: profitetur enim expreſsè, ſe antiqui juris obſervationem circa incertas perſonas & poſtumos alienos emendaſſe etiam in hæreditatibus, ſignificans, ſua

de-

demum illa constitutione effectum, ut etiam
1 posthumus alienus rectè hæres instituatur. Sed sciendum est, neutrum jure civili inpersona posthumi alieni valuisse; sive hæres institutus esset, sive legatum ei datum: cæterum legatum etiam jure prætorio insuper habitum, cum eo jure institutio postumi alieni, ut favorabilior, sustineretur, institutumque prætor adjuvaret dando ei bonorum possessionem secundum tabulas, *infr. de bon. possess. in pr. l. posthumus. 6. de inoff. testam. l. 1. §. si filius. 12. de vent. in poss. mitt. l. 3. de bonor. poss. sec. tab.* Quamobrem interpretes fere omnes hæc verba Justiniani, *& ante poterat, & nunc potest*, sic acceperant, ante poterat jure prætorio, nunc potest etiam jure civili ex constitutione scilicet Justiniani, ut cùm utrumque intelligi non posit de eadem juris specie, accipiatur de eodem juris effectu, cùm parum referat ad vim tabularum, utrum hæreditas ex iis adiri, an bonorum possessio peti possit; quod ego verissimum esse arbitror. Neque obstat, quod Justinianus loquitur de hærede instituto, quod verbum est juris civilis: sic enim loqui eum necesse fuit, ut ostenderet differentiam institutionis & legatorum, de quibus antea egerat. Et quid prohibet, quominus dicatur jure facta institutio, quæ jure prætorio sustinetur? Sanè Ulp. in *d. l. 6. de inoff. test. l. 1. §. si filius. 12. de vent. in poss. mitt.* cùm de posthumo alieno loquens eum hæredem scriptum aut hæredem institutum, natumque secundum tabulas habere scribit, nihil aliud significat, quàm posthumum alienum jure prætorio rectè hæredem institui. Quin etiam Paulus simpliciter respondet, hujusmodi institutionem jure fieri, *l. Titius. 25. §. 1. de lib. & posthum.* cujus species huc quoque pertinet, ut bene contra Cujacium observavit Ant. Fab. *9. conj.* 2. D. Bachovius tamen contra omnium exemplarium & Græcarum Institutionum fidem existimat, huic loco deesse negationem, & legendum, *Posthumus autem non alienus*, id est, *suus*: quod jam olim etiam tentavit Alciatus 9. *parerg.* 1. Sed errare eos apertè ostendit subjecta exceptio, *nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest*: quæ exceptio necessario intelligenda est de posthumo alieno, sive eam accipias de posthumo, qui utero sit ejus mulieris, quicum omnino nullum connubium est, ut sunt Vestales, Sanctimoniales seu Ascetriæ, quæ perpetuam voverunt castitatem; sive etiam de eo posthumo, qui ex ea muliere & testatore nasciturus est, quæ illius uxor esse prohibetur propter cognationem puta, aut affinitatem, aut quia alii nupta: quippe quod ex his nascitur vivo testatore, in potestate ejus nasci non potest; estque turpis hujusmodi institutio, ipsoque jure non valet, *l. 9. §. 1. de lib. & posth.* Jam verò stultissimè exciperetur posthumus alienus, si id quod præcedit, ad posthumum alienum non pertinet, sed ad non alienum sive suum dumtaxat. Mirorque adeo judicium Bachovii, qui hac exceptione etiam confirmari putat suam illam & Alciati emendationem. Cæteris Bachovii argumentis quivis facile occurrent, qui modo hæc nostra attentè legerit.

Textus.

De errore in nomine legatarii.

29\. *Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii testator erraverit, cùm de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in hæredibus servatur; & rectè. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui, si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.*

Notæ.

29\. *Cùm de persona constat*) Id est, dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Et pari ratione quamvis testator erraverit in nomine proprio rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus *l. 4. de leg. 1.* Secus est si erraverit in nomine rei appellativo, puta si cùm vestem legare vellet, suppellectilem scripserit: quia rerum vocabula naturæ consona, publica & immutabilia sunt, *d. l. 4. l. 7. §. 2. de suppel. leg.*

Commentarius.

1 *Subtilius ac diligentius, quàm passim, explicatur differentia nominum propriorum.*
2 *Cur error in nomine legatarii non vitiet legatum, cùm de persona constat? & n. 5.*
3 *Nec errorem in nomine proprio rei legatæ vitiare legatum: & cur vitiet error in nomine appellativo?*
4 *Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appelaverit?*

Tractationi de incertis personis ea de errore nominis, item de falsa demonstratione & falsa causa ideo subjungi videtur, quia hæ quoque quodammodo personam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus *Pand. de cond. & demonst.* item *tit. C. de falsi. caus. adj. leg. cum. 2. seqq.* ad quos vid. D. Tuld, & Perez. add. Christin. *vol. 4. decis. 49.* Nos etiam

etiam quædam ſubtilius atque accuratius, quàm illi fecerunt, explicabimus.

In nomine, cognomine, prænomine, agnomine) Hæc quatuor nomina etiam Imp. Gordianus diſtinctè expreſsit, *l. 4. C. de teſt.* & Chariſius Grammaticus ita ſcribit: *Propria nomina in quatuor ſpecies dividuntur, prænomen, nomen, cognomen, agnomen, ut Publius, Cornelius, Scipio, Africanus. Prænomen eſt, quod nomini præponitur, ut Publius. Nomen, quod familiæ originem declarat, ut Cornelius. Cognomen, quod nomine ſubjungitur, ut Scipio. Agnomen, quod extrinſecus adjici ſolet, ut Africanus.* Hæc ille. Plura etiam ejuſmodi apud Romanos videmus, ut *Marcus Licinius Craſſus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Aſiaticus.* Chariſius autem non ſatis diſtinctè videtur rem ipſam explicaſſe. Prænomen erat nomen cujuſque proprium; ut *Marcus, Lucius, Paulus, Publius.* Nomen totius gentis commune erat, hoc eſt, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem nomine appellabantur, verbi cauſa, qui ex gente Cornelia, omnes Cornelii, qui ex gente Valeria, omnes Valerii nominabantur. Cognomine ſingulæ familiæ in quaque gente diſtinguebantur, idemque omnium, qui ejuſdem familiæ erant, cognomen erat: ut in gente Cornelia, qui ex familia Scipionum, Scipiones, qui ex familia Lentulorum, omnes Lentuli, &c. Agnomen dicebant, quod ab eventu alio ducebatur, ut Publ. Scipio ex Africa, Lucius ex Aſia oppreſſa cognomen acceperunt, quamquam ejuſdem eſſent familiæ, teſte Cicerone *pro Muræn.* quo tamen loco non agnomen illud, ſed cognomen vocat. Idem *lib. 2. de offic. c. 16. Divitem Craſſi* & *libro de amicit. c. 2. Sapientem M. Catonis cognomen* fuiſſe ſcribit. Apud noſtros quoque tantùm nominis, prænominis, & cognominis mentionem fieri reperio, *l. 1. de lib. & poſt. l. hæredes. 21. §. 1. qui teſt. fac. l. 8. §. 2. ſec. tab.* Unde apparet, veteres appellatione cognominis etiam agnomen complecti, etſi hæc interdum diſtinguant. Cicero *lib. 1. de invent. c. 9. Nomen cùm dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet.* Non fuere autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut neceſſaria, quippe quibus pleroſque caruiſſe conſtat. At his tribus, prænomine, nomine, cognomine perpetuo uti conſueverant: ut *L. Cornelius Sylla*; *C. Julius Cæſar*; *M. Tullius Cicero.* Theophilus hanc rem Græcis parum cognitam, ut poteſt, declarat, ſcribens, nomen eſſe τὸ κύριον ὄνομα, prænomen, quod nomini præponitur, à majoribus vel benefactoribus aſſumptum. Hodie in toto orbe Chriſtiano præter nomen familiæ ſive cognomen hæreditarium, à parentibus aut amicis proprium nomen mutuatur, quod nobis imponitur, cùm Sacramento Baptiſmi initiamur, & in Eccleſiam recipimur. VINN. Omnibus Romanis fuiſſe cognomen, haud facile demonſtraveris. Aliud de C. Mario, Q. Sertorio & L. Mummio obſervavit Plutarchus *in vita Marii ab init.* Sic & fœminæ, eodem teſte, nomen quidem habebant gentile, ut Tullia, Fulvia, Livia, immo & prænomen, ut à Perizonio, Spanhemio, aliiſque demonſtratum eſt, ſed nullo cognomine. Sed & id obſervandum, genti Sulpitiæ bina ſemper fuiſſe prænomina: alterum commune SERVIUS: alterum proprium, ut *Cajus, Marcus*, &c. Adoptivi plerumque retento prænomine, adſumebant nomen patris adoptantis, & cognominis loco addebant nomen gentis ex qua prodierant, inflexum in ANUS. e. g. M. JULIUS OCTAVIANUS. Sed hæc tamen non ſemper ita ſe habuiſſe permultis exemplis oſtendit vir ſummus Ez. Spanhemius *de uſu & præſt. numiſm.* HEIN.

Cùm de perſona conſtat) Sive quis hæredem inſtituit, ſive alicui quid legat, perſonam hæredis & legatarii demonſtrare oportet. Demonſtrantur perſonæ citra controverſiam ſuo nomine, cæterum & aliis rebus demonſtrari poſſunt, & ſi aliis demonſtrentur; valet inſtitutio & legatum perinde, ac ſi proprio nomine demonſtratæ eſſent, *l. quoties. 9. §. ſi quis. 8. de hær. inſt. l. 8. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab. l. 4. C. de teſtam.* & generaliter in omnibus partibus juris demonſtratio vice nominis fungitur, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim. 34. de cond. & dem. l. 2. de lib. & poſth.* Cui jam & illud conſequens eſt, ut ſi falſum nomen adjectum ſit, errante in nomine teſtatore, nihilominus & inſtitutio & legatum valet, perindeque habendum ſit, quaſi nomen omnino adjectum non eſſet: dummodo certum ſit demonſtratione teſtatoris, de quo ille ſenſerit. Ut enim cætera omittantur, perſonam tamen neceſſe eſt ita demonſtrari à teſtatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit, *d. l. quoties. 9. §. ſi quis. 8.* Pro non dicto enim eſt, aut pro non ſcripto, quod ita dictum ſcriptumve eſt, ut non intelligatur, *l. 2. de his, quæ pro non ſcript. hab.* Finge ergo, hoc modo vel inſtituiſſe; *Corneliæ, ſororis meæ, filius hæres eſto*, vel legaſſe, *Corneliæ, ſororis meæ, filio fundum illum do, lego*, ſi ſoror unum tantùm filium habeat, hîc quia ſatis apparet quem teſtator deſignavit, valet inſtitutio & legatum. Idemque eſt, ſi ſic dixerit; *Cornelius, ſororis meæ*

meæ Corneliæ filius, *hæres esto*: aut, *Cornelio*, *sororis meæ Corneliæ filio*, *centum lego*: etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Porro dum certa sit demonstratio, unde ea ducatur, nihil interest. Nam & sic rectè hæres nuncupatur indicio digiti, *Hic mihi hæres esto*, cùm præsens est, qui ostenditur, *l. nemo. 58. de hær. inst.* Denique & sic quoque rectè demonstratur; *Cujus nomen in codicillis scripsero, ille mihi hæres esto*, *l. 10. de cond. inst.* cujusmodi demonstrationes in legatis vel magis valere debent. Pari ratione etsi testator erraverit
3 in nomine rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *l. de legat.* 1. Et convenienter, si quis, cùm unum tantùm servum haberet, dixerit; *Servum meum Stichum do*, *lego*, valebit legatum, licet servo *Davus*, non *Stichus*, nomen sit, *arg. §. seq.* Planè si quis cùm vestem legare vellet, suppellectilem scripserit putans vestem appellatione suppellectilis contineri, placet, nec supellectilem nec vestem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de leegat.* 1. ubi Jurisconsultus differentiæ hanc rationem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia* sint, *hominum mutabilia.* Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa; hominum, quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantùm singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum & imponuntur, & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo. 7. §. 2. de supell. legat.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis stultus & intolerabilis. Et est sanè ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει constant, & ita, ut pro arbitrio cujusque privati & circa considerationem naturæ rei imponantur: unde nec rei οὐσίαν, sed tantùm differentiam ἰδιωτικὴν indicant. Appellativa autem fere φύσει constant, id est, à natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt ἀρχικὰ καὶ στοιχεῖα, id est, principia & elementa reliquorum. Sanè Cratylus apud Platonem existimat, majorem quamdam vim, quàm humanam prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, etsi imposititia sunt, publica tamen & ipsa sunt ac communia, & sive prudenter, sive temere ἀπὸ τοῦ αὐτομάτου imposita sunt, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu. In summa eorum impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc, quàm prima, ipsam rei substantiam indicant. VINN. Sed non temere hodie quisquam cum Cratylo apud Platonem existimabit, vocabula φύσει significare, non ex impositione hominum. Nec opus tam subtili ratione, quàm prior reddi possit. Nomen proprium uni datur, appellativum pluribus commune est vel personis vel rebus. Si quis itaque per errorem suppellectilem pro veste scripserit, neutrum debetur, non vestis, quia hujus non fit mentio, non suppellex, quia de hac non sensit, vocabulo hoc pluribus rebus quàm vestibus conveniente. Ast si Davum pro Sticho dixit, & unus tantùm servus adsit, facile adparet de quo senserit testator, quia nomen proprium servile non nisi uni servo suo competere potest. HEIN. De 4
illo quæsitum est, an non saltem valeat legatum, si res, cùm oculis subjecta esset, à testatore demonstrata sit, utut alieno nomine eam appellaverit; veluti si, cùm equus præsens esset, ita legavit, *Hunc bovem Titio lego.* DD. comm. probant sententiam Accursii in *l. quæ extrinsecus. 65. de verb. obl.* existimantis valere, atque equum deberi: quod tamen mihi minimè consentaneum videtur ei, quod scribit Paulus *l. 3. de reb. dub.* eum, *qui aliud dicit*, *quàm vult*, *neque id dicere*, *quod vox significat*, *quia non vult*, *neque id*, *quod vult*, *quia id non loquitur*: convenienter planè sententiæ sive Servii sive Celsi, *non videri quemquam id dixisse*, *cujus non suo nomine usus sit*, aut, quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit, quamquam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l. 7. §. 2. de sup. leg.* Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat, atque æquè stultum ac derisorium, ut illa de quibus in *l. 4. de legat.* 1. quod etiam Mynsingero verius videtur. Sanè si quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus esse dicatur, locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. librorum. 52. §. quod tamen. 4. de legat.* 3. Quin etiam generaliter id admittendum putem, si aliquo colore usuve loquendi vocabulum, quo testator usus est, ad id, quod voluisse dicitur, extendi potest, *arg. l. 9. de trit. vin. ol. l.*

Significandorum hominum gratia) Ratio elegans, si enim nomina in hoc inventa sunt, ut per ea commodius personæ designentur profectò nec omissio nominis, nec error in nomine legatarii, si aliunde de persona ejus certo constat, legatum vitiare debet: & rectè Pedius nihil referre dicebat, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur: quoniam vice mutua fungantur, quæ tantumdem præstant, *l. 6. de reb. cred.* TEX-

TEXTUS.

De falsa demonstratione.

30. *Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi. Veluti si quis legaverit*: Stichum servum meum vernam, do, lego. *Licet enim non verna sed emptus sit; si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit*; Stichum servum, quem à Sejo emi, *sitque ab alio emptus; utile est legatum, si de servo constat.*

COMMENTARIUS.

1 *Regulam hoc loco traditam sic esse temperandam, nisi quid aliud legato obstet, præter falsitatem demonstrationis: quod variis exemplis demonstratur.*

Quod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus est, legatum tamen ob id non vitietur, modo de persona aut re aliunde constet: id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, adjectione omni, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhiberetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda aliquid erratum sit, tamen perinde legatum valeat, ac si nullus error intervenisset: dummodo constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l. demonstratio. 17. in pr. & §. 1. l. si falsa. 33 cum l. seq. de cond. & dem.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis: *l. 6. de reb. cred. l. nominatim. 34. de cond. & dem.* Eoque respicit Justin. *in pr. hujus.* §. cùm ait, proximum esse superiori hanc juris regulam, *falsa demonstratione legatum non perimi.* Habet autem hæc regula suas nonnullas exceptiones, & in universum sic temperanda est, nisi quid aliud legato obstet præter falsitatem demonstrationis. Etenim si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, inutile hoc esse legatum traditum est. Ut ecce, testator ita legaverit; *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego.* Si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit, *l. si servus. 108. §. qui quinque 10. de legat. 1. l. 1. §. sed & si 7. de dot. prael.* junct. *l. planè. 34. §. 4. de legat. 1.* prius enim esse debet, quod legatur, quàm legatum valeat, aut dici possit falsa demonstratione non perimi, *l. quibus. 40. §. pen. de cond. & dem.* Item si quis ita legaverit; *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum legatum esse, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia non apparet, quid quantumve legatum sit, *l. sic legatum 75. §. 1. de leg. 1.* Et eadem igitur ratione inutile erit & hoc legatum: *Quod Titio debeo, ei lego*, si testator neque debeat, neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit: *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, nec quicquam Titio debeatur, legatum sit utile: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l. si sic legatum. 70. §. 1. l. legavi. 25. sub fin. de lib. leg.* Sed & amplius licet quantitas adjecta sit, tamen nec si quidem semper utile legatum in superioribus speciebus. Finge, testatorem ita legasse; *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*, constat, hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit, centum Titio deberi, quoniam debitor id quod ipse debet, alii quàm creditori legare non potest. Quam ob causam nec si falsum erit, legatum valebit: nam quod inutile forte legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. Finge iterum legasse hoc modo; *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cùm Titius nihil deberet, responsum est, nihil hîc item esse in legato, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, *d. si sic legatum. 73. §. 2. d. l. legavi. 25. vers. quod si sic.* Nimirum etsi hîc centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, quàm liberatio: quo legato hoc continetur, ut si hæres petat, exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorem liberet, *l. 3. §. 3. de lib. leg.* Neutri verò horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. Pari denique ratione si testator centum, quæ Titius ei debebat, legaverit Sempronio, dicendum erit, inutile esse legatum, si nihil Titius debeat, *d. l. si sic legatum. 85. §. 2.* quippe nec hîc legantur centum, quæ hæres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut, hæres actiones suas præstet nullas verò habere aut præstare potest adversus eum, qui nihil debet; quod Jurisconsultus in *d. l. si sic legatum. 75. §. 2.* breviter his verbis significat; *Esse enim debitor debet.*

Stichum servum meum vernam) Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verna servus domi ex ancilla natus, οἰκογενὴς, οἰκότριψ. Quod nomen Festus *à vere* deductum putat,

quod

quod id tempus duce natura fœturæ est. Hinc *vernaculus*, ut *vernacula lingua*, *uva vernacula*, id est, ἰϑαγενής. Cicero 5. *in Ver. c.* 61. *Vernaculum crimen* pro domestico. *Auctor. incert. de bello Hispan. cap.* 7. *Vernaculas Pompeji legiones* pro propriis dixit.

Stichum servum, quam à Sejo emi) Aliud ejusdem generis exemplum ex *l. demonstratio.* 17. §. 1. *de cond. & dem.* ubi & aliud occurrit, veluti si ita servus demonstratus sit: *Stichum sutorem*, *Stichum cocum Titio lego.* Licet enim nequesutor, neque cocus sit, ad legatarium pertinere dicitur, si de eo sensisse testatorem apparet. Exempla autem hæc sunt falsæ demonstrationis adjectæ rei legatæ, idem verò etiam obtinet, si in persona legatarii designanda quid erratum sit, aut falso demonstratum, puta circa corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel necessitudinem, vel affinitatem, dummodo de persona ejus constet, cui testator legaverit, *d. l.* 17. §. 1. *l. falsa* 33. *& l. seqq. eod.* Quod tamen & ipsum semper sic accipiendum est, dum nihil amplius obsit legato, quàm falsa demonstratio; non etiam error, qui obstet voluntati; qualis plerumque nascitur ex errore sanguinis. Nam si quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit, ut sanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit, *arg. l.* 4. *& l.* 7. *C. de hær. inst.*

TEXTUS.

De falsa causa adjecta.

31. *Longè magis legato falsa causa adjecta non nocet; veluti cùm quis ita dixerit:* Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do, lego; *vel ita;* Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do, lego. *Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus liberatus sit, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa; aliud juris est, veluti hoc modo,* Titio, si negotia mea curaverit, fundum meum do, lego.

NOTÆ.

31. *Legato non nocet*) Quia ait Papinianus: ratio legandi legato non cohæret, *l.* 72. §. 6. *de cond. & dem.* id est, quia legatum constat etiam citra rationem adjectam legato, ideo falsa causa non nocet, quia vera quoque necessaria non est. At citra nomen aut demonstrationem legari non potest.

COMMENTARIUS.

1 *Cur longè minus falsa causa legato adjecta nocere dicatur, quàm falsa demonstratio?*
2 *Causam in futurum collatam sive modum huc non pertinere?*
3 *Qua ratione legatum in proposito subsistineatur?*
4 *Insigne bujus juris temperamentum.*
5 *Qua in re conditio & modus conveniant, & discrepent?*

Quod juris est, ait Cajus, in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, *l. demonstratio.* 17. §. 2. *de cond. & dem.* Causa nostris dicitur causa præterita, seu ratio, propter quam aliquid datur aut fit, *l. damus* 52. *de cond. ind.* causa irritatrix, quam dialectici προκαταρκτικὴν vocarent, alias ἀφορμὴ, occasio, causa impellens dicitur. Igitur, causa, id est, ratio legandi, etiamsi falsa sit, legato non obest. Sed cur ait, longè minus falsam causam legato adjectam nocere, quàm falsam demonstrationem? Puto ideirco, quia nomen & demonstratio cum legato cohærent, adhibentur enim ad personam legatarii aut rem legatam designandam: causa autem legandi à legato separata est, & sine ulla causa legari & potest & solet. Hanc differentiam indicat Papinianus, *l. cum tale.* 72. §. *falsam* 6. *de cond. & dem.* cùm ideo ait falsam causam legato non obesse, *quia ratio legandi legato non cohæret.* Causa, quæ in futurum confertur, modus appellatur; veluti, *Centum lego ut opus extruatur*, &c. *d. l.* 17. §. *ult. de cond. & dem. tit. C. de his quæ sub. mod. leg.* Ea autem huc non pertinet: quia quod sub modo legatum est perinde fere habetur, ac si sub conditione relictum esset, *l. si cui* 92. *de cond. & dem. l.* 1. *C. d. tit.* 1 2

Legatum tamen valet) Donare enim nihilominus testator voluit, aut saltem voluisse præsumitur. Quippe sciebat, se ob negotia sua gratis gesta aut patrocinium sibi præstitum nulla necessitate remunerandi teneri, *arg. l. donari.* 82. *de reg. jur. l. damus* 52. *l. in summa.* 65. §. 2. *de cond. ind.* Cùm igitur gratuitam merèque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falsitas occasionis, qua primum provocatus ad legendum fuit. Nam & si quis inter vivos ob hanc causam quid dederit, quod negotia sua adjuta putabat, falsa licet persuasione, datum consistit, nec repeti potest, *d. l. damus* 52. *de cond. ind.* redditurque hæc ratio *in d. l. in summa.* 65. §. 2. *eod.* quia qui dedit, donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, arg. *l. in testam.* 12. *de reg. jur.* VINN. Accedit & alia ratio legatis propria. *Legare*, ut supra ex Ulpiano demonstravimus; est *legis modo* 3

do aliquid relinquere. Testator itaque est instar legislatoris. Hujus autem lex obligat, tametsi falsa ratione munita : quia jam ipsa legislatoris voluntas pro ratione est. Rectè Pufendorff. *de J. N. & G. lib. 1. cap. 6. §. 1. Lex licet & ipsa suis non debeat carere rationibus , hæ tamen propriè caussa non sunt , quare ipsi obsequium præstetur , sed potestas præcipientis , qui ubi voluntatis suæ decretum significavit , obligationem subdito adfert , omnino juxta præscriptum suum faciendi , etsi fors ipsi rationes præcepti haud ita liquido adpareant.* Ita ergo & hæredi necessitas imponitur, voluntati testatoris , tanquam legislatoris adimplendi , si vel maximè hic rationem vel nullam vel falsam adjecerit legato. HEIN. Cæterum insigne hujus juris temperamentum Papinianus addit, *l. cum tale 72. §. falsam 6. de cond. & dem.* nisi hæres probet
4 testatorem legaturum non fuisse , si causam, quam adjecit , falsam esse scivisset. Verba Papiniani sunt : *Sed plerumque doli exceptio locum habebit , si probetur , alias legaturum non fuisse.* Quasi dicat , etsi falsa causa adjecta legatum numquam ita vitiat , quin summo jure peti possit , propter regulam de falsa causa ; tamen plerumque fieri, ut petentem legatarium hæres summoveat exceptione doli mali , docens, testatorem solius causæ, quæ adjecta est, gratia legatum reliquisse , alias non fuisse legaturum. Id verò sæpe probatu non est usque adeo difficile. Quid enim si testator aliquando apud amicos apertè dixerit , se , si verbi causa Titius negotia sua non curasset , nihil habere , cur ei quicquam relictum vellet ; vel se facere non potuisse , quin egregium officium sibi à Titio præstitum legato aliquo remuneratur, aliam legandi causam non habuisse ; vel hoc unum se movisse , ut Titium legato honoraret , quia restitutionem sibi à Principe impetrasset , alias nihil se illi legaturum fuisse? Denique quotiescumque probari potest , tanquam pro compensatione accepti beneficii legatum datum esse, locus erit exceptioni doli : quippe quæ omnibus obstat, qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt , *l. 3. §. ult. de adim. leg. l. 4. §. præterea 10. de dol. mal. exc.* Et ideo si quis cùm Titio quædam sua negotia peregre curanda commisisset, atque existimans ea diligenter curata esse , centum eidem Titio legaverit cum adjectione hujus causæ, quam falsam esse & negotia illa neglecta hæres doceat; putarem hìc etiam petenti legatario obstituram doli mali exceptionem.

Conditionaliter enuntiata) Si causa conditionaliter hoc modo enuntiata fuerit : *Titio , si negotia mea curaverit , fundum lego ,* causa legato ipsa conceptione cohæret , & si falsa est, fit , ut voluntas legato desit , & legatum fit inutile , *l. demonstratio 17. §. pen. de cond. & dem.* nam conditiones , quæ in præsens aut præteritum tempus conferuntur , si falsæ sint, statim vi sua inanem & inutilem actum reddunt , *§. pen. inf. de verb. obl.* Itaque hoc casu legatum non debebitur ipso jure , eoque nec exceptio adversus petentem desiderabitur. Conditioni affinis est modus : utrumque enim futurum aliquid expectat ; nam si hac legandi formula testator utatur : *Titio centum do, lego , ut mihi monumentum faciat* , legatum est sub modo , *d. l. demonstratio 17. §. ult.* si ita dixerit , *Do , lego , si monumentum faciat* , est conditionale. Effectus autem inter hæc multum interest: nam legatum sub modo relictum purum est, & statim peti potest , præstita scilicet cautione de re restituenda , si modus non impleatur : sub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & si conditio defecerit , extinguitur , *l. 3. l. 4. C. de cond. insert.* quamquam non omnium conditionum eventus perpetuo expectatur. Nam si qua earum, quæ in non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii , desiderante eo statim repræsentatur relictum , dum *is caveat* , nihil se ejus facturum , quod testator vetuit : si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum ei , ad quem jure civili, deficiente conditione legatum pertinere potest. Quæ cautio , quod à Q. Mucio inventa est & composita , Muciana dicta , atque in hæreditatibus quoque locum habet, *l. 7. l. his qui 18. de cond. & dem.* Plura de conditionibus insertis D. Tulden. & Perez. *ad tit. de fals. ca. adj. & 2. seqq.* Christin. *vol. 4. decis. 49.*

TEXTUS.

De servo hæredis.

32. *An servo hæredis rectè legemus , quæritur. Et constat , purè inutiliter legari , nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate hæredis exierit : quia quod inutile foret legatum , si statim post factum testamentum decessisset testator , hoc non debet ideo valere , quia diutius testator vixerit. Sub conditione verò rectè legatur servo, ut requiramus , an quo tempore dies legati cedit , in potestate hæredis non sit.*

COMMENTARIUS.

Hujus & sequentis §. exiguus hodie usus est servitute jam sublata. Proponuntur duæ

duæ quæstiones contrariæ, una hoc §. an servo hæredis rectè legetur? altera §. seq. an rectè legetur domino servi hæredis instituti?

Purè inutiliter legari) Quod servo legatur, ipsi domino legari intelligitur, *l. non minus* 31. *de hær. inst.* proinde si servo legetur, vel ipse hæredi à semetipso legatur: quod à juris ratione alienum est, *l. & quidem* 18. *legatum* 116. §. 1. *de legat.* 1. Ulp. *tit.* 24. §. 20. neque natura patitur, ut idem sibi & creditor sit & debitor; quod fieri necesse est, si servo hæredis legari volumus: nam hæres hic & creditor sit oportet, quia dominus legatarii, & debitor, quia hæres testatoris. Hinc quotiescumque accidit, ut creditoris & debitoris jura in eamdem personam concurrant, confunditur obligatio, & necessario extinguitur: quia nemo sibi obligatus esse potest, *l. sicut* 75. *de solut. l.* 7. *C. de pact.*

Si vivo testatore de potestate) Utrum quod purè relictum est, valeat, nec ne; ex tempore facti testamenti æstimandum, juxta præscriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatum inutile foret moriente statim testatore, ex postfacto convalescere non patitur, *l.* 1. *de reg. Cat.* Atqui in proposito, si statim testator decedat, vires habere legatum non potest. Eadem ratione supra dictum est, cum res sua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non consistit, ideo non convalescere, etiamsi legatarius eam rem vivo testatore alienaverit, §. *sed si rem* 10. *sup. eod.*

Sub conditione verò rectè) Quod legatum per conditionem suspenditur, id in incerto est, aliquando taliturum sit, ut nec ne. ut dici non possit tempore testamenti valere aut non valere: & ideo placet, Catonis regulam ad legata conditionalia non pertinere, *l.* 4. *de reg. Cat.* quæ ob hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hæreditatem cedit, *l.* 3. *eod.*

An quo tempore dies legati cedit) Dies legati sub conditione relicti ante eventum conditionis non cedit, *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* id est legatum sub conditione datum non ante deberi incipit, quàm conditio extiterit, *l. cedere diem* 213. *de verb. sign.* atque ex eo demum tempore vires hujusmodi legatum capit; ut proinde etiam satis sit, cùm conditio existit, rem in eo statu esse, ut possit vires capere, quemadmodum in proposito potest, si scilicet eo tempore servus non sit in potestate hæredis. Quod si tempore conditionis existentis adhuc in hæredis sit potestate, proculdubio legatum nullum est. Sed inquies, etiam in casu præcedenti contingere potest, ut die legati cedente servus non sit in potestate hæredis; potest enim ante mortem testatoris, ex quo tempore dies legati purè relicti cedit, ab hærede manumitti & alienari. Respondeo, quod attinet ad utilitatem legati puri, ita spectari tempus mortis, ut id tempus vi & potestate regulæ Catonianæ conjungatur, cum tempore testamenti facti, perindeque omnino habeatur, licet diutius testatorem vivere contingat, ac si statim testamenti facti tempore decessisset. Ex quo est, quod nec ad ulla legata regula pertineat, quorum dies non cedit tempore mortis, *l.* 3. *de reg. Cat.*

Textus.

De domino hæredis.

33. *Ex diverso, hærede instituto servo, quin domino rectè etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui hæres sit, dies legati cedere intelligitur, cum hæreditas à legato separata sit, & possit per eum servum alius hæres effici, & si prius, quàm jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus, ipse hæres efficitur; quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum.*

Commentarius.

HÆc species superiori contraria est. Ait, ei, cujus servus hæres institutus est, etiam sine conditione rectè legari hac ratione, quia etiamsi statim decedat testator, tamen hoc casu dies legati apud eum, qui hæres sit, non cedit: innuens, legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hæreditatem ad hæredem ejus transmitti; sed non cedere apud hæredem, ut in casu superiori, cùm domino hærede instituto servo ejus legatur. Quippe dominum non recta per servum hæredem fieri, sed ita, si jussu ejus hæreditatem adierit: posse autem fieri, ut servus institutus, priusquam jussu domini hæreditatem adeat, vel manumittatur, vel alienetur, atque ita vel sibi, vel alteri domino, cujus jussu adierit, hæreditatem acquirat, maneatque sic hæreditas à legato separata. Cùm itaque hic legatum & hæreditas decedente testatore statim in eamdem personam non concurrant, neque ita necessario sequatur hæreditatis cum legato confusio, ut superiore casu legati cum hæreditate, placet, legatum interim in sus-

penso esse, & siquidem servus, antequam jussu domini hæreditatem adierit, manumissus vel alienatus fuerit, utile esse legatum: si verò in eadem causa manserit, & jussu legatarii adierit, evanescere propter confusionem cum hæreditate, quo fit, ut in eum casum deducatur, unde incipere non poterat. Eadem ratione responsum est, à filio hærede patri etiam purè legari posse, *l. à filio* 25. *l. quæsitum* 91. *in pr. de legat.* 1.

TEXTUS.

De modo & ratione legandi. De ordine scripturæ.

34. *Ante hæredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio. Pari ratione nec libertas ante hæredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, scripturæ ordinem quidem sequi, (quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum,) sperni autem testatoris voluntatem; per nostram constitutionem, & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis institutionem, & inter medias hæredum institutiones, legatum relinquere & multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.*

NOTÆ.

34. *Sperni testatoris voluntatem*) Quæ etiam ex veterum sententia totum in testamento facit, *l.* 35. §. 3. *de hæred. instit. l.* 12. *in fin. de leg.* 1.

Et ante hæredis institutionem) Nam in actu continuo & unius temporis, nihil ὕστερον πρότερον videri debet; manetque hæredis institutio semper caput & fundamentam testamenti, sive sequatur, sive antecedat. Wesemb.

COMMENTARIUS.

1 *Veteres non satis idoneam rationem habuisse improbandi legata ante hæredis institutionem relicta; & num.* 2.

SEquitur hujus tituli caput ultimum, in quo abolentur quædam juris veteris scrupulositates, quæ circa formam legandi observabantur: & nimirum hæ tres, quod ante hæredis institutionem, quod post mortem hæredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

Ante hæredis institutionem) Olim si ab institutione hæredis initium testamenti factum non esset, legata ante institutionem hæredis relicta inutilia erant: veluti si quis in ordinando testamento ita primo loco dixisset: *Titio centum do lego*; deinde loco secundo: *Sempronius mihi hæres esto*; legatum hoc, ut præpostero ordine ante hæredis institutionem relictum non valebat. Ulp. *tit.* 24. §. *ante* 14. Paul. 3. *sent.*6. §. 1. Cujus rei rationem hanc affert Ulp. *quia potestas testamenti ab hæredis institutione incipit.* Id est, quia per institutionem hæredis demum vires, robur, ac firmamentum testamentum accipit: ut proinde hæredis institutio veluti caput ac fundamentum totius testamenti præcedere debeat: & quod ante relictum est, tamquam extra testamentum relictum videatur ἐκτὸς τῆς διαθήκης, ut ait Theophilus. Cæterum hæc ratio Justiniano tanti visa non est, ut propter eam ordo scripturæ necessario sequendus sit, spreta testatoris voluntate. Et merito. Sit enim institutio hæredis caput & fundamentum testamenti, ex ea testamentum vires accipiat, uti revera accipit, *l. quod per manum* 10. *de jur. cod.* non ideo tamen legatum institutioni hæredis præpositum perinde habendum, quasi extra testamentum relictum sit: quoniam cùm unus continuus testandi actus sit; nihil in eo ὕστερον πρότερον videri debet: & proinde sive antecedat legatum, sive institutionem hæredis sequatur, institutio semper manet caput ac fundamentum testamenti. Nec scio, an aliam rationem habeat, quod olim etiam ante hæredis institutionem fideicommissum dari potuit. Ulp. *tit.* 25. §. 6. & *l. tutor.* §. *ad certum* 3. *sup. qui test. tut. dar.* & quod licebat testamentum ordiri ab exhæredatione, *l.* 1. *de hær. inst.* qua de causa Jurisconsultus ibi non simpliciter dicit, eum, qui testatur, ab hæredis institutione debere initium facere testamenti, sed plerumque debere.

Nec libertas hæredis institutionem) Quasi dicat, quamvis libertatis magnus semper fuerit favor; tamen hac in re non plus licuisse circa libertatis dationem, quàm cætera legata. Excipit Ulpian. testamentum militis, *tit.* 1. *de libert.* §. *post mortem* 15.

Et ipsi antiquitati) Ipsi etiam veteres in plerisque potiorem rationem ducunt voluntatis, quàm ordinis scripturæ. Cujus rei exempla passim occurrunt, ut in *l.* 14. *de pec. leg. l. cum pater* 77. §. *fidei* 12. *de legat.* 2. *l.* 6. *de solut. l. cum pater de legat.* 2. Et identidem pronuntiant, voluntatem testatoris in testamento totum facere, *l. ex facto* 35. §. *rerum* 3. *de hær. inst. l. si nihil* 12. *in fin. de legat.* 1. Ac enim

enim in hac specie, quæ non tam ab ordine scripturæ, quàm à juris ratione dependere visa est, non sunt ausi idem definire. Quæ tamen profectò nimia fuit scrupulositas. Nam cùm illud admiserint, ut fidejussor præcedere
2 posset principalem obligationem, §. 3. *inf. de fidejuss.* nulla idonea ratio dari posse videtur, cur non etiam hoc receperint, ut legata præcedere possent institutionem hæredis. Neque enim magis fidejussio sine principali obligatione consistere potest, quàm legatum sine hæredis institutione. Denique cùm, ut antea diximus, actus testandi sit continuus, in eo considerari non oportet, quid prius aut posterius fiat, cùm totum illud, quod fit, unus sit unius temporis actus, *l. hæredes* 21. *§. ult. qui test. fac.* quod & D. Wesembecius notat.

Per nostram constitutionem) Non extat alia, quæ hujus rei meminit, quàm illa ad Mennam Præfectum prætorio in *l. ambiguitates* 24. *C. de testam.* qua tamen nihil aliud cavetur, quàm ut ne vitia in scribendo commissa imperitia tabellionum obsint testatoris voluntati. Unde plerique putant, & est verisimile, constitutionem, qua primum atque ex professo jus vetus abolitum est, desiderari. Cæterum quod Baro existimat, constitutione illa sic cautum fuisse, ut ordo, qui hic commemoratur, à testatore observari debeat, & tantùm inversio ordinis in scribendo à tabulario facta non vitiaret testamentum, falsum esse, arguunt verba hujus textus, quæ manifestè indicant, Justinianum sua illa constitutione totam hanc rem arbitrio testatoris simpliciter permisisse, ut nihil intersit, veterem ordinem servet, an à legatis initium sumat.

Et inter medias) Hoc etiam jure veteri licitum fuisse, testis est Paul. 3. *sent.* 6. §. 1. Nostri notarii ineptiam suam produnt, dum semper fere à legatis & fideicommissis testamentum incipiunt quasi putent, inverti rerum ordinem, si hæredis institutio, quæ tamen caput est & basis totius rei, primo loco scribatur. Gomez. 1. *var. res.* 2. *num.* 5. Jac. Verwey. *artic. test. cap.* 16.

TEXTUS.

De legato post mortem hæredis, vel legatarii.

35. *Post mortem quoque hæredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur; veluti si quis ita dicat*: Cùm hæres meus mortuus fuerit, do, lego. *Item*: Pridie quàm hæres aut legatarius morietur. *Sed simili modo hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes; ne in hoc casu deterior causa legatorum, quàm fideicommissorum inveniatur.*

NOTÆ.

35. *Quàm fideicommiss.*) Jam olim enim benignè receptum erat, ut fideicommissa post mortem hæredis relinquere liceret, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Ulpian. *tit.* 21. §. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur post mortem hæredis aut legatarii legare non licuerit?*
2 *Cur licuerit in tempus mortis?*
3 *Legatum filio emancipato post mortem patris relictum conferri; cum pater morietur, non item.*

HÆc item mera quædam subtilitas fuit, quod olim post mortem hæredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulpiano *tit.* 24. §. *post mortem* 15. & Paulo 3. *sent.* 6. §. 4. quam ob causam hunc quoque juris articulum emendavit Justinianus.

Inutiliter legabatur) Ulp. *d. loc. Post mortem hæredes*, inquit, *legari non potest, ne ab hæredis hærede legari videatur; quod juris civilis ratio non patitur*: & Paul. similiter *d. loc. Post mortem hæredis legari non potest; quia nihil ab hæredibus hæredis relinqui potest.* Credo, quia incertum est, quinam illi futuri sint; deinde quia mandare alieno hæredi non licet. In universum verò post mortem hæredis aut legata- 1
rii ideo legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio, quæ non cœperat à defuncto vel contra defunctum, in persona hæredis vel contra hæredem non inciperet, §. *post mortem* 12. *infr. de inut. stip.* Jam verò si quod post mortem hæredis legatur, valere volumus, necesse est obligationem, quæ contra defunctum non incepit, adversus hæredem transire: si quod post mortem legatarii, necesse est, ut, obligatio, quæ à defuncto non incepit, ad hæredem ejus transeat. Cur igitur, inquies, fideicommissum post mortem hæredis relinqui potuit? Ulp. *tit.* 25. §. 6. Resp. Benignè id receptum fuit, ut fideicommissum relinqui posset ab hæredis vel legatarii hærede, salva in cæteris superiore regula, *l.* 5. *de legat.* 3.

Cùm hæres meus mortuus) Aut, *Titio, cùm mortuus fuerit, do lego.* Enimverò quamvis post 2
mortem legari non potuit, in tempus tamen mortis tam legatarii, quàm hæredis legatum conferri poterat, puta hoc modo: *L. Titio,*

cùm morietur, *do lego*, vel: *Hæres meus*, *cùm morietur*, *damnas esto dare*. Pand. *d. loc.* §. 5. & Ulp. *eod. l. si pecunia* 12. §. 1. *de legat.* 2. *l. hæres* 79. §. 1. *de cond. & dem.* quemadmodum & stipulatio in mortem promissoris aut stipulatoris utiliter concipiebatur, §. *ita autem* 14. *infr. de inut. stip.* Nimirum moriendi momentum vitæ attribuitur: quoniam viventes morimur; & mors si non semel tota est, non est: unde fit, ut in tempus mortis collata obligatio, ante mortem in personam morientis incipiat, & cœpta ad hæredem transmittatur.
3 Hinc etiam illud est, quod etsi filius emancipatus non tenetur conferre legatum post mortem patris ei relictum, *l. pen. de collat. l. nec emancipati* 15. *C. eod.* conferre tamen teneatùr, quod ei legatum est, cùm pater morietur: quia id non post mortem patris demum acquisivisse, sed moriente patre, manenteque adhuc vita, eum habuisse interpretamur. Constat autem, emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus, qui in potestate manserunt, quæ moriente patre habuit, *l. 6. C. d. tit.* Ulp. *tit. de poss. dand.* §. 3. add. Cujac. 3. *observ.* 34.

Pridie quam hæres aut legatarius morietur) Existimaverunt veteres, hoc legatum incidere in speciem præcedentem & eum casum, quo post mortem hæredis aut legatarii legatur. Nam cùm illud *pridie* ante mortem incertum sit, & non nisi postquam jam mortuus est hæres aut legatarius, sciri possit, quis ille dies fuerit, non magis hìc obligationem ante mortem incipere posse crediderunt, quàm si expressè post mortem legatum esset. Quam ob causam stipulatio quoque hujusmodi: *Pridie, quam moriar*, vel: *Pridie, quam morieris, dare spondes?* inutilis erat, *d. §. post mortem* 12. *inf. de inut. stip.* Ecce sollicitam veterum diligentiam.

Correximus) Ex constitutione Justin. etiam post mortem hæredis aut legatarii legare licet uti & stipulatio in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris concepta ex ejusdem constitutione valet, *l. scrupulosam* 7. *C. de contr. stip.* Idem alia constitutione antiqui juris regulam abrogavit, permisitque, actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere, *l. un. C. ut. act. ab hær.* Mutandi juris veteris hanc causam habuit, quod illud in pura puta subtilitate consistebat. Cur enim, cùm legatum in tempus mortis conferre liceat, non liceat in tempus post mortem, aut in ante diem mortis? Meræ subtilitatis est, momentum mortis vitæ in hac causa attribuere; atque hoc solo colore defendere legatum: aut propter illud verbum *pridie*, voluntatem testatoris infirmari.

Quam fideicommissorum) Nam fideicommissa etiam olim post mortem hæredes rectè linquebantur, teste Ulp. *tit.* 25. §. 6. & *in l.* 5. §. *de legat.* 3.

TEXTUS.

Si pœnæ nomine relinquatur, adimatur, vel transferatur.

36. *Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi hæredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat, veluti si quis ita scripserit;* Hæres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit: *vel ex diverso*: Si non collocaverit, dato decem aureos Sejo: *aut si ita scripserit*: Hæres meus si servum Stichum alienaverit, *vel ex diverso*: Si non alienaverit, Titio decem aureos dato. *Et in tantum hæc regula observabatur, ut quamplurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit: nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observabantur: quin etiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat: eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat*: Titius hæres esto: si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres esto. *Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an cohæredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata, nihil distare à cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta meorum temporum non patitur.*

NOTÆ.

36. *Quod coercendi hæredis causa*) Addit Ulp. *d. loc. non ut quid ad alium pertineat*, id est, non ut legatum facilius à legatario obtineatur. Itaque tale legatum, *Hæres uxori meæ penum dato: si non dederit, centum dato, l. 1. de pen. leg.* & si quæ similia, non est exemplum legati pœnæ: etsi enim & hic constringitur hæres, id tamen non fit hæredis puniendi, sed legati juvandi causa. Locus Africani in *l.* 1. *de*

de his quæ pen. cauf. interpolatus videtur à Triboniano.

Secta meorum temporum) Ratio, disciplina, justitia, *l. ultim. Cod. de pact.* Alex. *l. 2. C. ad leg. Jul. maj.* Trajan. *ad Plin. 10. 56.* Igitur tale legatum, *Hæres meus nisi mare ebiberit*, aut, *nisi uxorem prostituerit, centum Titio dato*, nullius momenti est: quia pœnæ causa hæredi, quod impossibile aut turpe est, injungitur. At cùm impossibilitas imponitur legatario, puta hoc modo: *Titio, si mare ebiberit*, &c. *centum lego*, valet legatum, & conditio hujusmodi pro non scripta habetur, ut §. *propen. sup. de hær. inst.* quod notandum.

Commentarius.

1 *Veteris juris, quod hic refertur, variæ rationes.*
2 *Quid sit pœnæ nomine legare?*
3 *Abrogatio hujus juris cum causa abrogandi.*
4 *Interpp. plerosque circa hunc articulum errasse, eo quod non satis intellexerint, quid sit, pœnæ nomine legare?*
5 *Notatur Bacbovii & Sutholdi insignis error.*

Tertia hæc species est; in qua jus vetus circa formam legandi à Justiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat, in ea causa fuit, ut qualecumque hoc esset, in totum non valeret. Ulp. *tit. 24. §. pœnæ 17. fac. l. 12. de cond. & dem. l. 2. de his quæ pœn. nom.* Jul. Capitolinus *in Anton. c. 8. Primus constituit, ne pœnæ causa legatum relictum maneret.* Neque alia in hac re fideicommissorum, quam legatorum causa fuit, Ulp. *tit. 25. §. 11.* Hujus autem juris duplicem rationem fuisse Theophilus memorat. Primum, 1
quoniam in hæredis arbitrium hoc legatum confertur; sic autem juris constitutio est, ut legatum in potestate hæredis poni non possit, *l. senatus 43. §. pen. de legat. 1.* Deinde, quia finis legandi hujusmodi legato obstat; quippe legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficisci debere, non puniendi, aut territandi hæredis causa relinqui: pœnæ verò causa quod legatur, non beneficentiæ erga legatarium exercendæ gratia relinqui: sed contra naturam legati odio hæredis; ut sit pœna, non præmium, non honos. Quin & tertia ejusdem juris ratio dari potest, quod scilicet per ejusmodi legata infringebatur libertas faciendi, quod jure cuique facere licet, & licere debet: quod & ipsum jus civile improbat, *l. Titio 71. §. 2. de cond. & dem.* atque hanc quoque rationem videtur significare Theoph. cùm ait, hoc genus legati modum quemdam præscribere hæredibus, λαϑεῖν ἰδίῳ φϑόνῳ πολιτεύεσϑαι.

Adimebatur vel transferebatur) Exemplum sit: *Titio centum do lego. Titius filiam suam Sejo in matrimonium ne collocet. Si Titius filiam suam Sejo collocaverit, quod Titio legavi, non do non lego*, vel: *Quod Titio legavi, Sempronio do lego.*

Quod coercendi hæredis causa relinquitur) Vel 2
etiam quod coercendi legatarii causa adimitur aut transfertur, ut in exemplo modo proposito. Plenius aliquanto definit Ulp. *tit. 24. §. pœnæ 16. pœnæ*, inquit, *causa legatur, quod coercendi hæredis causa relinquitur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut quid ad alium pertineat*: id est, non ut legatum, quod alicui relictum est, facilius à legatario percipiatur, aut obtineatur. Quæ nos definitio docet, non omnem eum pœnæ nomine legare intelligi, qui coercendi hæredis gratia legat; sed eum solum, qui nullam aliam causam legandi habet, quàm ut hæres coerceatur: quod diligenter notandum est, ut scilicet intelligamus, legatum pœnæ nomine non relictum videri, non solùm cùm hæres non constringitur ullo modo, sed etiam cùm constrigitur aut coercetur, sed alius rei gratia, legati scilicet, quod datum est, juvandi, aut voluntatis testatoris confirmandæ.

Et in tantum hæc regula observabatur) Amplificat veterem regulam quatuor modis. 1. quod etiam Principes in eo, quod pœnæ nomine ipsis relictum erat, huic se juri subjiciebant. 2. quod nec ex testamento militis hujusmodi legata debebantur. 3. quod ne libertas quidem pœnæ causa dari poterat. 4. quod placebat, nec hæredem pœnæ causa adjici posse. Quibus & quintum adjici potest, quod nec fideicommissa, quorum longè laxior natura, quàm legatorum erat, pœnæ nomine dari poterant. Ulp. *tit. 25. §. pœnæ 11.*

Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit) Justinianus etiam in hoc articulo juris veteris observationem ut nimis scrupulosam abrogandam putavit, idque effecit constitutione ea, 3
quæ extat in *l. un. C. de his, quæ pœn. nom.* ut jam, quæ pœnæ nomine relinquuntur, vel adimuntur, aut transferuntur, non minus valeant, quàm cæteræ, quæ jure relicta sunt. Et profectò nemini iniquum videri debet, eum, qui hæres instituitur, aut legato honoratur, pro modo relicti à testatore gravari, aut constringi, ut aliquid faciat, quod possit facere, & honestè possit: præsertim cum voluntatem defuncti legis instar observari etiam veteres voluerint, *l. ex facto. 35. §. rerum. 3. de hær. inst.* Humanum tamen esse plerisque visum est, ut hæres ob justam ac probabilem causam saltem excusetur à pœna, Covar. *in c. Rainaldus. §. 1. num.*

n. 7. Pand. de testam. Peregr. *lib. 3. de jur. fisc. cap. 18. nu. 108.* Sand. *lib. 4. tit. 6. def. 1.* Ex his verò perspicuum est, errare interpretes, qui putant, jam tùm tempore mediæ Jurisprudentiæ pœnæ nomine legare licitum fuisse, & Justinianum hìc intelligere jus quoddam antiquius eo, quod relatum est in Pan-
4 dectas. Causam errori præbuit, quod non intellexerunt, quid sit, pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum: *Hæres uxori meæ penum dato: si non dederit, centum dato*; quale legatum citra controversiam semper valuit, *l. 1. de pen. leg. l. 1. §. item si 18. ad leg. Falc. l. cum fine 19. quand. d. leg.* exemplum esse ejus, quod pœnæ nomine relictum est. Verùm ex definitione Ulp. paulo ante à me relata atque illustrata facile apparet, hoc exemplum ad legata pœnæ causa relicta non pertinere; quippe in quo nihil proponitur relictum aut cautum odio hæredis, aut ob eam causam, ut hæres coerceatur: sed totum appareat relictum & cautum uxoris gratia. Manifesta igitur illa ignoratio est elenchi. Neque necesse est, ut cum Cujacio *tract. 5. ad Afric. in l. 1. de his, quæ pœn. nom.* excipiamus de regula hanc speciem, *Hæres meus tale monumentum mihi ædificato: si non ædificaverit, centum Titio dato, l. 6. l. in testam. 27. de cond. & dem.* Nam ne hoc quidem legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex superiore definitione, quod præcipuè testatoris causa relictum est, & quo hæres provocetur ad faciendum, quod testator sibi fieri voluit. Justius movere interpretes potuit *d. l. 1. de his, quæ pœn. nom.* Sed jam docti omnes vident, locum istum esse interpolatum, Tribonianumque de suo hæc verba *illicitè, vel probrosè* responso Africani inseruisse, atque in calce item adjecisse verbum *talem*, ut subserviret constitutioni Justiniani, quæ quidem sublato jure veteri, permittit pœnæ causa legari, sed excipit, quæ illicita, probrosa, vel impossibilia sunt. VINN. Immo id non adeo exploratum est eruditis, *leg. 1. ff. de his, quæ pœn. caus.* esse à Triboniano interpolatam. Potius Vir Illustris, Corn. van Bynkhersh. *de legat. pœn. nom. relict. cap. 4.* inde colligit, ea tantum legata visa olim pœnæ nomine relinqui, quibus testator hæredem ad probrosum aliquid faciendum cogere vellet. Quæ si vera sunt, non potest quidem Tribonianus argui, quod constitutioni Justiniani subserviens responsum Africani interpolavit: ast erit tamen tunc ejus culpæ reus, quod non intelligens naturam horum legatorum Justiniano auctor fuerit legata pœnæ nomine relicta confirmandi, & excipiendi tamen legata, quibus hæres ad turpe facinus impellatur, cùm tamen hæc sola sint legata pœnæ nomine relicta. Ita aliquid concessit Justinianus, quod semper concessum fuit, prohibuit quod semper prohibitum, id est, actum egit. Si cui & id difficile creditu videatur, quia & Ulpian. *tit. 24. §. 17.* legata pœnæ nomine relicta fere eodem modo definit, ac hic Justinianus; is cogitet velim, an non legata pœnæ nomine fuerit omnia, quæ ab hærede ejus vexandi causa relinquebantur, quibusque sæpe adigebantur ad ridiculas conditiones. Et tale fors fuit testamentum illud Staberi apud Horat. *lib. 11. serm. sat. 3. v. 84.*

Hæredes Staberi summam incidere sepulcro,
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum
Damnnati populo, atque epulum arbitrio Arri,
&
Frumentum, quantum metit Africa.

Justinianus ergo has tricas sustulit, jussitque rata esse hæc legata, dum ne quid turpe & bonis moribus adversum hæredi injungeretur. Conf. V. C. Nic. Hieronym. Gundl. *Diss. de principe hærede cap. 6. §. 32.* HEIN.

Impossibilia, vel legibus interdicta) Impossibilia, veluti si quis ita leget; *Hæres meus, nisi digito cœlum tetigerit*, aut, *nisi mare ebiberit, Titio centum dato.* Legibus interdicta & probrosa, veluti si ita leget; *Nisi amitam uxorem duxerit, dato*: vel, *Si parenti alimenta præstiterit, Si patrem, ab hostibus redemerit, dato, l. conditione. 9. de cond. inst.*

Hujusmodi dispositiones valere secta meorum temporum non patitur) Merito hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur: quippe pœnæ locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa est, *l. aliud est fraus. 131. de verb. sign.* Quæ verò culpa aut fraus in eo qui non facit, quod vel natura impossibile est, vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujusmodi legatum: *Hæres, nisi mare ebiberit, nisi matrem domo expulerit, centum Titio dato*, nullius momenti est, ut bene Glossa in *d. l. un. Cod. de his, quæ pœn. nom.* notat, & disertè scriptum est in *d. l. 1. Pand. eod.* Mirorque adeo judicium Bachovii in *Treutl. vol. 2. disp. 13. thes. 6.* & Sutholti, qui hoc à præceptore hausit, *diss. 11. n. 59.* contendentium, in proposito non vitiari legatum, sed vitiari illud ipsum, & pro non adjecto haberi, quod adjectum, impossibile aut legibus interdictum est, *arg. §. impossibilis. 10. sup. de hær. inst. l. ab. omnibus 104. §. 1. de legat. 1. l. 3. de cond. & dem. cum. simil.* quibus locis traditur, conditionem impossibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitiare,

sed

sed ipsam vitiari & pro non scripra esse. Quis enim non videt, quantum inversit, utrum simpliciter quis centum leget sub conditione impossibili aut turpi, puta hoc modo: *Titio, si digito cœlum tetigerit, si uxorem suam prostituerit, centum do lego*, an centum leget pœnæ causa, eo hæredi injuncto, quod impossibile aut probrosum est; veluti si ita dicat; *Hæres meus, nisi digito cœlum tetigerit, nisi uxorem suam prostituerit, centum dare damnas esto?* Illic legatum non vitiatur, sed favore ultimæ voluntatis ejusmodi conditiones detrahuntur aut remittuntur, ne legatario, cui nihil imputari potest, fraudi sit, quod non pareat conditioni, cui per rerum naturam aut leges parere non potest. Hìc legatum nullius momenti est, non quia legato adjecta impossibilis aut turpis conditio; sed quia relictum est puniendi hæredis causa, si ipse conditioni non pareat, idest, non faciat, quod natura aut jure facere non potest. Hic, inquam, tale legatum inutile esse placet, ne puniatur, qui pœnam non meretur. Atque hanc esse mentem Justiniani ex hoc ipso loco satis intelligitur, cùm legatis, quæ pœnæ nomine relinquuntur, confirmatis, excipit ex eo genere, quæ impossibilia aut turpia sunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachovius; & verum esse confessus est in comment. ad hunc §.

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE ADEMPTIONE LEGATORUM ET TRANSLATIONE.

Dig. Lib. 34. Tit. 4.

Continuatio. Quàm variis modis ademptio legatorum fiat.

DIctum hactenus est de iis, quæ ad constitutionem legati pertinent: nunc, uti mos est Jurisconsultorum, exponitur, quomodo rectè ab initio constituta infirmentur. Id fit, cum aliis modis, tum maximè ademptione aut translatione; de quibus etiam hìc Justinianus solùm agit. Est autem hæc facultas libertina, ut quod testator semel alicui legavit, id ei adimere, aut in alium transferre possit, voluntasque defuncti ambulatoria est usque ad suprèmum exitum, *l. 4. hoc tit.* Ademptione legati, vel ipso jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipso jure legatum ademptum intelligitur, si testator declaraverit contrariam voluntatem: idque vel verbis, sive directo contrariis, dum testatur se adimere quod dedit, sive aliis quibuscumque, ex quibus apertè intelligatur, pœnituisse eum prioris voluntatis; arg. *l. Divi. 13. eod.* vel rebus & factis: veluti si legatum consulto induxerit, *l. nihil interest. 16. eod.* aut rem legatam destruxerit, *l. si ita 65. §. ult. de legat. 1. l. lana. 88. §. 2. de legat 3.* aut in novam speciem transtulerit, quæ ad pristinam materiam reduci non possit, *d. l. lana 88. in pr. & §. 1.* vel nulla necessitate adductus alienaverit; de quo actum *tit. prac. §. si rem. 12.* vel denique si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit, de quo sub *§. tam autem 21. eod. tit.* Ope exceptionis ademptio introducitur, si quid intervenerit, ex quo mutata voluntas testatoris colligi possit, cùm neque verbis, neque facto aliquo palam declaraverit, se legatum adimere: veluti si graves inimicitiæ inter testatorem & legatarium intercesserint, nec reconciliatio sequuta sit, hìc petenti legatario obstabit exceptio doli ex nuda eaque præsumpta contraria voluntate, *l. 3. §. ult.* junct. *l. seq. h. t.* Proinde omnino assentior Bartolo in *l. si ita. 14. de legat. 1.* Ant. Mynf. & Schneid. *hic*, posse legatarium opposita exceptione doli submoveri, etiamsi imperfecto testamento legatum ademptum esse proponatur: quippe cùm hæc exceptio obstet omnibus, qui voluntate testatoris destituuntur, *l. 4. §. præterea. 10. de dol. mal. exc. l. militiæ. 36. §. 3. de testam. mil.* Præter hæc, quod hìc non tangit Justinianus, legata etiam casu intercidunt, videlicet si testamentum, quo aliquid relictum est, rumpatur aut irritum fiat, *l. filio. 17. de injust. rupt. l. 8. §. pen. de inoff. testam. l. si nemo. 18. de reg. jur. l. 1. C. de post. hær. inst.* Una tamen hìc exceptio est ex jure novissimo; nisi testamentum rescissum sit ex causa præteritionis aut exhæredationis: quod cùm incidit, sola institutio irrita esse jubetur, cætera autem capita rata manere, *auth. ex causa. C. de lib. præt.* vid. *supr. tit. de inoff. testam.* Porro eadem libertate, qua legatum adimitur, etiam in aliam transferri potest, de quo in §. 1. seu parte hujus tit. altera.

TEX-

TEXTUS.

De ademptione.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est. Sed & sive contrariis verbis fiat ademptio; veluti si, quod ita quis legaverit; Do lego, *ita adimatur;* Non do, non lego, *sive non contrariis, sed aliis quibuscumque verbis.*

NOTÆ.

Sive codicillis) Testamento confirmatis ipso jure, Ulp. *tit.* 24. §. 27. fac. *l.* 43. *de man. test. d. l.* 16. *de vulg. & pup.* non confirmatis tuitione prætoris, opposita petenti doli mali exceptione, *l.* 4. §. 10. *de dol. mal. exc.*

Firma est) L. 17. C. *de legat.* Quippe voluntas defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *l.* 4. *h. t.*

Aliis quibuscumque verbis) Ut in *l.* 3. §. 8. *l.* 13. *eod.* vel si facto aliquo contrariam voluntatem declaraverit, cujusmodi exempla habes, *l.* 16. *eod. l.* 65. §. 2. *de leg.* 1. *l.* 88. *eod.* 3. §. 12. *sup. tit. prae.* Ope etiam exceptionis ademptio introducitur ex nuda contrariæ voluntatis præsumptione, veluti si graves inimicitiæ inter testatorem, & legatarium exortæ fuerint, nec reconciliatio secuta, *l.* 3. §. *ult. cum l. seq. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

Sive eodem testamento) Meminit tantùm ejusdem testamenti, propterea quod si aliud testamentum factum fuerit, hoc ipso legata priore testamento relicta infirmantur, unaquaque cum testamento, in quo relicta sunt, citra ullam aliam revocationem corruunt. Et igitur, quod priore scriptura testamento datum est, id posteriore adimi potest, *l. Divi.* 13. *l. nihil probibet.* 17. *hoc tit. l. si quis.* 16. *de vulg. & pup.* Atque adeo etiam statim & continenter, ut opinor, revocari; puta hoc modo; *Centum Titio do lego: immo non do, non lego.* Neque obstat, quod traditur in *l. ubi* 188. *de reg. jur.* ubi pugnantium in testamento jubetur, neutrum valere; quod Græci reddiderunt τὰ ἐν διαθήκῃ ἀλλήλοις ἐναντιώματα οὐκ ἔρρωται, quoniam regula ista procedit in perplexis atque inter se collidentibus, cujusmodi speciem habemus in *l. Titius* 16. *de cond. inst.* non ubi prior scriptura per posteriorem corrigitur, commutatur, aut rescinditur, *d. l. nihil probibet* 17. & ibi Gloss. & Bart. *h. t.*

Sive codicillis) Intellige testamento confirmatis, ut bene Martin. & Placent. teste Accur. *hic & in præfat. Nov.* 159. *vers. manifestum.* Quippe cùm codicillis testamento non confirmatis nihil directo dari potuerit, *l. libertates* 43. *de man. test.* §. *praeterea* 10. *inf. de fideic. her.* consequens est, & arguit *l. si quis* 16. *de vulg. & pup.* nec quod testamento datum erat, codicillis non confirmatis potuisse adimi, ita quidem certè, ut ademptio ipso jure valeret: nam quin petens legatarius per exceptionem doli hoc casu repelli potuerit, non est dubitandum, *l.* 4. §. *praeterea* 10. *de dol. mal. exc.* Errat igitur & Accurs. *dd. loc.* & Bart. *in l. si ita.* 14. *de legat.* 1. quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipso jure legatum adimi; hic contra, ipso jure adimi codicillis etiam non confirmatis: quod tamen novo jure defendi poterit. Quoniam autem olim legata ab intestato dari non poterant, quæri non potuit, an ita data aliis codicillis potuerint adimi? sed huic quæstioni locus erat in fideicommissis. Hodie tamen etiam in legatis est, post eorum cum fideicommissis exæquationem: cùmque dari legata codicillis & ab intestato possint, consentaneum est posse etiam ipso jure similiter adimi: eoque jure utimur.

TEXTUS.

De Translatione.

1. *Trasferri quoque legatum ab alio ad alium potest: veluti si quis ita dixerit:* Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do lego: *sive in eodem testamento, sive codicillis id fecerit; quo casu simul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

COMMENTARIUS.

Ab alio ad alium) Ex Cajo *l.* 5. *hoc tit.* Potest verò & aliis modis translatio fieri. Paulus *l.* 6. *eod.* quatuor modus commemorat. *Aut enim*, inquit, *à persona in personam transfertur;* ad quem modum pertinet species hic proposita *aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det; aut cùm res pro re datur, pro fundo decem aurei: aut quod purè datum est, transfertur sub conditione.* Adjiciatur & quintus, cùm quod prius sub condicione datum est, deinde purè legatur, *l. non ad ea.* 73. *de cond. & dem.*

Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do lego) Videtur hæc formula similis esse formulæ conjunctionis, quæ re fieri dicitur, cùm disjunctìm eadem res duobus legatur; qualis illa: *Titio hominem Stichum do lego; Sejo eumdem*

dem do lego; qua nil Titio adimi, sed Sejus in eamdem rem cum Titio vocari intelligitur, §. *si eadem.* 8. *tit. prac.* nisi evidenter appareat, adimere testatorem voluisse, *l. si pluribus.* 33. *de legat.* 1. Sed diversæ omnino sunt hæ formulæ, & cùm quis ita dicit; *Quod Titio legavi, id Sejo do lego*; ex ipsa conceptione perspicuè apparet, Titium & Sejum non conjungi in eamdem rem, sed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob causam etiamsi persona legatarii non mutetur; sed verbi gratia ita testator scripserit, licet ex continenti: *Stichum, quem Titio legavi, hæres meus illi dato, si illud aut illud factum erit*: legatum sub conditione translatum videri responsum est, eo quod commemoratione prioris legati posterius scriptum sit, *l. non ad ea.* 89. *de cond. & dem.* Obstare tamen videtur, quod ex Juliano Ulpianus & Paulus referunt in hac specie, *ex qua parte Sejum instituì, ex eadem parte Sempronius hæres esto*: Sejum & Sempronium conjunctim intelligi institutos, *l. Julianus* 15. *in pr. de hær. inst. l. triplici.* 142. *in fin. de verb. sign.* Sunt qui in institutione hæredum sic jus esse arbitrantur, in legatis contra: quod ego falsum puto, & diversas esse formulas, *Stichum, quem Titio legavi, Sejo lego*; & *Stichum, quem Titio legavi, eumdem Sejo lego*; illa enim apertè adimitur Titio, quod Sejo datur, hac uterque in eamdem rem manifestè conjungitur, cùm idem utrique legatur. Vinn. Alioquin dari solet regula: *Ex repetitione nominis primi legatarii præsumi translationem: ex non repetita legatarii commemoratione conjunctionem.* e. g. Stichum, quem Titio legavi, Cajo do lego. Titio Stichum do lego, eundem Cajo do lego, Nec obstat exemplum ex *l.* 15. *pr. ff. de hær. instit.* Nam si Stichus pro eadem parte legatur Cajo & Sejo; res ipsa docet, hìc non translationem esse, sed conjunctionem. Regula autem nostra indicat, quid in dubio sit præsumendum. Conf. celeb. Pagenstech. *Admonit. ad Pand. Part.* 5. §. 14[6]. *p.* 581. Hein.

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

DE LEGE FALCIDIA.

Dig. Lib. 35. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *Tit.* 50. *Nov.* 1.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

In disputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua novissimè antiqua legandi licentia repressa, & modus legatorum constitutus est. Indicatur hic primum occasio hujus legis ferendæ: inde summa juris lege constituti proponitur. Tertio docetur, quo tempore visum sit spectari modum patrimonii in ponenda ratione legis. Postremo, quæ res ante rationem Falcidiæ deducantur, ostenditur, & quomodo porro in reliquo ratio legis ineatur.

Textus.

Continuatio. Ratio & summa hujus legis.

Superest, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum esset, Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto: *visum est hanc legandi licentiam coarctare: idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis hæredibus pro nullo aut minimo lucro hæreditates adire. Et cum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id est ut sive unus hæres institutus sit, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneat.*

Notæ.

Ipsorum testatorum gratia) Non singulorum; sed in genere & quasi in abstracto consideratorum. Nam singulorum potius hæredum gratia leges hæ latæ, *l.* 71. *hoc tit.*

Tam lex Furia, quàm Voconia) Quarum illa cavebat, ne supra mille asses legare licet. Ulp. in *fragm. pr.* Hæc, ne quis census plus cuiquam legaret, quàm ad hæredem perveniret. Cic. 1. *in Verr. cap.* 43. Theop. *hic.* add. Cujac.

Sive unus, sive plures) Hoc tamen sic temperandum est, ut procedat, si legata simpliciter

citer ab omnibus relicta sint; aliud si unus gravetur nominatim, §. *seq.*

COMMENTARIUS.

1 *Occasio legis hujusmodi ferendæ.*
2 *Exponuntur verba legis duodecim Tabb.* uti quisque legasit suæ rei.
3 *Quo aspectu leges Furia, Voconia, Falcidia testatorum gratia latæ dicantur?*
4 *Latas esse hasce leges hæredum potissimum causa, non singulorum testatorum.*
5 *Quid à quo cautum lege Furia?*
6 *Quid à quo lege Voconia?*
7 *Quando à quo lata lex Falcidia, & quid in ea cautum?*
8 *Ad quæ vel statim, vel sensim virtus legis producta?*

1 *Lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas*) Causa seu potius occasio rogandæ hujus legis. Lege duodecim tabularum licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut hæredi relinqueretur, præter onus, & molestiam æris alieni. Sic enim ea lege simpliciter cautum erat, uti quisque legavisse, ita uti jus esset, *l. verbis. 120. de verb. sign.* Hac licentia cùm testatores usi essent, eveniebat plerumque, ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis hæredibus nullo suo, aut quàm minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena dumtaxat gratia maximis sæpe oneribus minimeque necessariis se implicare. Quod cùm & ipsis testatoribus inutile esset, & publicè interesse existimaretur supremas hominum voluntates conservari, *l. 5. test. quem. aper.* visum est ex usu esse reip. hæredes justo aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo suprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commodè fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, ut cùm non totum patrimonium legatis exhaustum foret, esset aliquid videlicet, quod hæredes ex testamento caperent. Quæ res cùm primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tamdem lege Falcidia perfecta est.

2 *Uti quisque legasit suæ rei*) Ita quoque verba legis duodecim referuntur in *l. verbis. 120. de verb. sign. Legasit suæ rei* dictum pro *super pecunia & re sua*: quomodo auctor *ad Heren. lib. 1.* & Ulp. *in fragm. tit. 11. §. testamento. 13.* legis verba referunt, quasi dictum esset, pro commodo & utilitate rei suæ; ut sit dativus acquisitivè positus, ut loquuntur Grammatici. Illud enim minimè convenit, ut hæc verba *rei suæ*, non ad verbum *legasit*, sed ad illa, *Jus esto*, referantur; atque ita legemus, *Uti legasit, ita ut rei suæ jus esto*; quod voluit Alciat. *ad. d. l. verbis. 120.* & Baro *hic.* Primum quia verba illa, *ita jus esto*, absolutæ ponuntur. Deinde, quia etsi transitum in rem aliam haberent; tamen nemo ita loqueretur, *ita jus esto illius rei*, sed *de illa re.* Denique non dicimus, si quis quid legaverit, *ita jus esto de re sua*, sed *de re ejus*, utentes pronomine demonstrativo, non reciproco: quia legens de se prius locutus non est. VINN. Legem hanc decemviralem, jam alio loco exposuimus uberius. Conf. & *Antiq. nost. Rom. lib. 11. tit. 15. §. 2. nota p. 456. edit. nov.* HEIN.

Ipsorum testatorum gratia) Ait, leges Furiam, 3 Voconiam, Falcidiam ipsorum testatorum gratia latas, ne scilicet, ut subjicit, voluntas eorum destituto testamento periret. Forte etiam hæc ratio fuit, quod qui substantiam omnem legatis erogant, credibile sit, errore ductos id facere, existimantes, plus se in bonis habere, quàm habent, *arg. l. in fraudem 25. qui & à quib. man.* Quamquam autem etiam retenta plena legandi licentia, & secundum eam exhausto legatis patrimonio, legatarii adhuc facere possunt, ut voluntas servetur: quippe qui ne deserto testamento nihil consequantur, potius cum hærede paciscentur, partemque remittent, *§. 2. inf. in fin. eod.* tamen facilius hæredem inductum iri, ut hæreditatem adeat, legumlatores putaverunt, si jure suo & beneficio legis partem aliquam haberet, quàm si beneficio legatariorum. Licet autem hinc in- 4 telligere, leges hasce rogatas non esse singulorum testatorum gratia, sed tantùm in genere & quasi in abstracto testatores à latoribus consideratos, tamquam omnes ita affecti sint, ut malint partem legatariis detrahi, quàm voluntatem suam in totum perire. Etenim singulorum testorum favore si hæ leges introductæ essent, licuisset singulis, & verbi causa; Titio testatori huic suo favori renunciare, & testamento cavere, ne hæres aliqua harum legum uteretur: quod non licuisse certum est, sed contra etiam invito testatore, contra sententiam ejus, eoque prohibente, vim suam illas exercuisse, ut lege Falcidia expressè traditum est, *l. quod bonis 15. §. 1. & ult. l. Titia 86. in fin. hoc tit.* convenienter capiti secundo ejusdem legis, quo nemini plus legare permittitur, quàm dodrantem bonorum, *l. 1. in pr. vers. secundo eod.* Hujus rei etiam fortissimum argumentum est, quod placet, in testamento militis legi Falcidiæ locum non esse, *l. 7. C. eod. l. 12.*

l. 12. C. de test. mil. Nam si ex voluntate testatoris induceretur, vel magis valere deberet in testamento militis, utpote cujus voluntati multo plus, quàm cæterorum tribuitur. Illud enim planè à ratione juris nostri alienum est, quod cum Portio Mynsingerus tentat, ideo in testamento militis cessare Falcidiam, quod hoc ipso quod cautum est, ne legi Falcidiæ locus esset in testamento militis, cautum quoque intelligantur, ut hæres à milite institutus, velit, nolit, hæreditatem adeat, compellente eum, si nolit, magistratu: & adhuc magis, quod illi magis placet, dum existimat cùm Corasio, eo, quem miles hæredem instituit, repudiante, proximos, qui ab intestato veniunt, legati præstatione obstringi. Et quid si illi quoque repudient? Denique ex eo quoque perspicuè apparet Falcidiam non induci ex voluntate singulorum testantium, quod laudatur hæres, qui solida legata præstat quasi pleniore officio fidei fungens, & apud quem plus valeat defuncti voluntas, quàm beneficium legis, *l. 1. & ult. Cod. hoc tit. l. 5. §. si quis 15. de don. int. vir. & ux.* Porro ex his simul intelligimus, latas esse superiores leges in hæredum potissimum gratiam, & nominatim Falcidiam, de qua sola nunc quæritur: quod etiam disertè traditum est *in l. potest. 71. hoc tit.* ac proinde toto cœlo errant, qui asserunt, hasce leges principaliter & potissimum introductas esse testatoris causa; secundum autem testatorem causa hæredis, qui in numero etiam D. Hotomannus est.

5 *Lex Furia*) Primus C. Furius Tribunus plebis liberam illam legandi potestatem coangustavit, lege perlata, ne cui supra mille asses legare liceret, constituta quadrupli pœna adversus eum, qui plus cepisset, Ulp. *tit. 1.* & Theoph. *hic* qui tamen non asses, sed *νομίσματα* habet, id est, aureos, seu solidos. Et forte hæc eadem lex est, quam intelligit M. Tullius *pro Corn. Balb. cap. 8. Tulit*, inquit, *apud majores nostros legem C. Furius de testamentis*, sed tamen non ausim hoc certo affirmare, quia quid ea lege, quam memorat, cautum fuerit, non exprimit: atque ex solo Ulpiano & Theophilo discere possumus, quid lege Furia testamentaria, cujus hìc meminit Justinianus, cautum, tentatumque sit coercendæ licentiæ legandi gratia, videlicet, ne legare liceret ultra mille asses. Qua quidem re etsi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non fit legandi: & cùm de singulis dumtaxat legatariis lex caveret, facile evenire poterat, ut uno atque altero itemque tertio legato, hæreditas, præsertim non opulenta, tota absumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

Lex Voconia) Cùm usu omnium rerum magistro compertum esset, lege Furia superius incommodum nequaquam esse sublatum, Q. Voconius tribunus plebis aliud remedium adhibendum esse existimavit. Igitur abrogata lege Furia, ipse aliam tulit, ne quis census plus cuiquam legaret, quàm ad hæredem hæredesve perveniret, ut ex Verrina de prætura urbana intelligitur; ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coercitæ mulierum hæreditates, altero cautum (quod etiam Theophilus scribit) ne plus haberet legatarius, quàm hæres. Verùm ne hac quidem lege finis legandi factus, cùm & ipsa de singulis tantùm caveret legatariis. Quid enim si numerus legatariorum tantus sit, ut in singulos singulis sextulis erogatis, una quoque tantùm sextula & fortunus aureus hæredi relinquatur? Quis spe tantuli lucelli hæreditatem alicujus cernat? Sed & lex illa de eo tantùm cavebat, qui census esset: ei verò, qui census non esset, licebat per eamdem legem plus legare, quàm ad hæredem perventurum erat, ut ex eodem loco Ciceronis intelligi potest. 6

Lex Falcidia) Quæ & ipsa plebiscitum est. Lata est à Pub. Falcidio tribuno plebis, temporibus Augusti, Cn. Domitio Calvino & C. Asinio Pollione Coss. anno ab urbe condita DCCXLV. teste Dione *lib. 48. p. 430.* Hac demum lege certis terminis circunscripta est legandi licentia, dum non de singulis legatariis, sed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata consumatur, *l. 1. hoc tit.* Quare, ut maximè legetur multis, semper tamen quadrans totorum bonorum post hanc legem latam hæredis lucro cedat necesse est. Superiores igitur leges, etsi modum legatis imponebant, nullum tamen faciebant legandi finem: hæc & modum & finem fecit; quam ob caussam & ipsa sola superioribus antiquatis recepta, atque in hoc usque tempus retenta est. 7

Ne plus legare) Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Cæterum & ad alia producta est, & statim quidem ut opinor, interpretatione prudentum ex legis sententia ad fideicommissa singularum rerum. Neque enim persuadere mihi possum, id primum factum Senatusconsulto Pegasiano centum demum annis post legem latam: quamvis fere omnes sic sentire videam, motus §. *sed quia. 5. seq. tit. vers. ex singulis.* Nam cùm utique hoc lex velit, & caveat, ne minus, quàm quarta pars bonorum hæredibus relinquatur; ut proinde directo ea pars nec auferri, nec minui à testato- 8

tore potuerit, *l. quod bonis. 15. §. 1. & ult. hoc tit.* quis credat, obliquè id fieri potuisse, licitumque fuisse tam longo tempore legis sententiam circumvenire, patrimonium fideicommissis onerando aut exhauriendo? Neque in *d. vers. ex singulis*: expressè dicitur, retentionem quartæ partis ex singulis rebus per fideicommissum relictis permissam esse Senatusconsulto Pegasiano, sed simpliciter, permissam esse, non addito, quo jure permissa sit. Quamquam etiam alia istius loci interpretatio est. Quin etsi Tribonianus expressè hoc affirmaret; mihi tamen id suspectum foret. Sanè in libris nostris promiscuè, quantum ad hanc rem attinet, de legatis & fideicomissis singularibus tractatur, *l. 5. l. si tacitum. 13. l. quod bonis 15. l. filiiusfam. 18. & passim hoc tit. l. 2. & l. 3. C. eod.* Porro lex Falcidia producta etiam est ad donationes mortis causa, idque constitutione *l. 5. C. eod. l. 2. C. de don. mort. ca.* Quod si quis dicat, etiam per mortis causa donationes fraudem legi fieri potuisse, is cogitet, ante hanc constitutionem eamdem rationem harum donationum & inter vivos fuisse: quippe sic donata placebat antea in computationem Falcidiæ non venire; propterea quod vivo testatore exibant ex bonis ejus: siquidem etiam quod mortis causa donabatur ἐπὶ τὸ πολύ statim transferebatur in donatarium. Cæterum quoniam revocare hujusmodi donationem licebat, nec ante plena, ac perfecta censebatur, quàm mors insecuta fuisset, *l. non videtur. 32. de mort. caus. don.* ob hanc causam Severo visum est, id etiam quod ita donatum est, hactenus in patrimonio computari, ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi posset. At fideicommissa omnimodo in bonis relinquuntur, ut demum post mortem ab hærede præstentur. Exemplo donationum mortis causa admissa etiam est Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, *l. in donationibus. 12. C. hoc tit.* propter fideicommissa quoque introducta est in intestatorum successionibus. Quod à Divo Pio factum scribit Paulus in *l. filiusfam. 18. hoc tit.* Denique vis legis Senatusconsulto Pegasiano tracta est etiam ad fideicommissarias hæreditates, de quo seorsum *tit. seq.* VINN. Id addo, ex Pauli *Rec. Sent. Lib. 111. tit. 8. §. 1.* constare, jam ista ætate legem Falcidiam etiam ad fideicommissa porrectam fuisse. Ait enim: *Exhausta legatis aut fideicommissis aut mortis caussa donationibus hæreditate, auxilio Falcidiæ institutus hæres quadrantem retinere potest.* Quumque idem Paulus, *l. 8. ff. h. t.* referat, jam sub D. Pio hanc legem prolatam esse ad fideicommissa ab intestato; verosimillimum sanè est clam ante eamdem valuisse in fideicommissis testamento relictis. An autem jam ante SC. Pegasianum, non magis liquet, quàm illam interpretationem hoc SCto fuisse invectam. HEIN.

Sive unus, sive plures) Interest verò, utrum legata simpliciter ab omnibus hæredibus relicta sint, an ex pluribus hæredibus ex certis partibus institutis aliqui nominatim gravati. Illo enim casu sufficit, ut solida legata præstentur, dodrantem hæreditatis ea non excedere: hoc casu non item; quia suæ quisque partis, ex qua institutus est, quadrantem habere debet. De quo §. *seq.*

Pars quarta remaneat) Nec solùm hæres, si possidet, quartam partem retinere potest, aut errore facti non retentam repetere, *l. 1. §. si legatarius 81. hoc tit. l. 9. C. eod.* sed etiam si non possidet, portionem suam à quovis possessore vindicare, *l. lineam. 26. eod.* Putat D. Cujacius, à Justiniano id primum constitutum esse, *l. pen. C. eod.* verùm hoc vel ex eo refellitur, quod placet, legata pro rata portione ipso jure per legem Falcidiam minui, *l. in quantitate 73. §. ult. eod.* vid. Ant. Fab. *lib. 4. conject. 1. & lib. 6. c. 2.*

TEXTUS.

De pluribus hæredibus.

1. *Et cùm quæsitum esset, duobus hæredibus institutis, (veluti Titio & Sejo) si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: à Sejo verò aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem diminuant; an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere licet, ut quartam partem suæ partis salvam habeant: placuit posse retinere. Etenim in singulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.*

NOTÆ.

1. *Exhausta, aut supra modum onerata*) Per legem Falcidiam delibari hæreditas potest, onerari aut exhauriri non potest. Cujac.

Placuit posse retinere) Ratio dubitandi, quod videri potest legis satisfactum, cùm quarta pars apud alterum maneat illibata.

In singulis hæredibus) Ratio decidendi ex *l. 77. eod.* Nam cùm lex omnibus & singulis hæredibus consultum velit, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cu-

cujusque partis quarta intacta servetur.

Commentarius.

1 *Cur dubitatum, an in specie hic proposita Falcidiæ locus esset? & cur esse placuerit?*

2 *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur?*

Lege Falcidia potestas facta est patrifamilias, tantam pecuniam testamenti dandi legandi, quantam volet; dum ita detur, legetur, ut ne minus, quàm quartam partem hæreditatis hæredes capiant. In uno hærede instituto res expedita est: nam si is, solutis legatis, quartam totius hæreditatis integram habet, legi satisfactum est: eaque portione contentus esse debet, vel semel ex toto asse institutus sit, sive ex pluribus partibus, ex una parte, ex altera sub conditione, ex una legatis onerata, ex altera illibata, *l.* 1. *§. id quod* 13. *l. in ratione* 11. *§. pen. hoc tit.* cujus rei ratio peti potest ex *l. cum hæres* 52. *§.* 1. *de acq. hær.* Manifesta quoque est legis sententia, ubi plures quidem hæredes, sed sine partibus omnibus instituti sunt, aut legata simpliciter ab omnibus relicta. Sed quæsitum est, duobus aut pluribus hæredibus ex certis partibus institutis, si unius dumtaxat portio nominatim onerata sit aut exhausta, an legi satisfactum videri debeat, si apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat intacta? Placuit autem satisfactum non videri, idque hac ratione, quod lex non de uno aliquo hærede caveat, sed ex æquo omnibus consultum velit, *l. in singulis* 77. *eod. & hoc text. in fin.*

Duobus hæredibus institutis) Testator cùm non amplius, quàm centum in bonis haberet, duos hæredes, puta Titium & Sejum, utrumque ex semisse hæredes instituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit: à Sejo verò nihil, aut minus viginti quinque, ita ut apud Sejum quarta totius hæreditatis pars, vel etiam amplius, atque adeo semis integra maneat. Quæritur, an mortuo testatore Titius intra quadraginta aut quinquaginta, quæ ab eo nominatim relicta sunt, legatariis solvere teneatur, an nihilominus quartam partem suæ partis possit retinere? Videri poterat, legi Falcidiæ satisfactum esse, cùm quarta pars apud alterum maneat illibata; utique satis esse ad intentionem legis, hoc est, ad sustinendum testamentum, si vel unus suo quadrante contentus hæreditatem adierit. Placuit tamen in proposito Titium quartam partem ejus partis, ex qua institutus est, retinere posse. Quippe legem non simpliciter cavere, ut quarta pars hæreditatis salva maneat, sed nominatim ut hæredes quartam partem ex testamento capiant. Quibus verbis cùm non uni alicui hæredi tantùm, sed omnibus & singulis consultum velle intelligatur, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur. Et hoc est, quod dicitur, in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse, *l. in singulis* 77. *hoc tit.*

In singulis hæredibus ratio legis ponendæ) Hoc tamen ita est, si omnes, qui instituti sunt, hæredes extiterint: nam si quidam defecerint, in portionibus defectis non semper separatim ratio legis Falcidiæ habetur; sed aliquando hæ confunduntur cum portionibus aliorum, qui hæredes extiterunt. In quo hæc distinctio probata est, ut si verbi causa, ex duobus hæredibus institutis alter deficiat, à quo aut nihil, aut parum relictum erat, atque ita hujus portio vel substitutionis vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata est, pervenerit, placeat legatarios per deficientem portionem adjuvari, videlicet ut integra legata præstentur, quæ non præstarentur, si is, qui defecit, hæres extitisset. Quod si pars, quæ accessit, exhausta sit aut onerata; ejus verò, qui accessit, integra aut tantùm delibata, tum perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponatur, ac si ad eum, qui suam portionem omisit, pervenisset. Extat hæc distinctio in *l. quod si alterutro* 78. *hoc tit.* eademque à contrario sensu colligi potest ex *l.* 4. *C. ad Sen. Treb. in fin.* quamquam variasse Jurisconsultos, apparet ex *l.* 1. *§. si cohæredis* 14. *hoc tit.* de cujus §. lectione vide Cujac. 4. *obs.* 35. Et hanc rationem habere videtur, quod is, cujus portio onerata est, uti ex sua persona legata præstet, ita & ex sua persona tantùm Falcidia utitur: qui verò suam portionem integram habet, legata præstet ex persona deficientis, cujus proinde jure eum uti æquum sit, *argum. l.* 10. *l. qui in jur.* 177. *de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obscurè in *l. qui fundum* 87. *§. qui filium* 4. *l.* 1. *§. id quod* 13. *hoc tit.* Cæterum in parte onerata; quæ defecta est, sententia superior sic accipienda ac temperanda, si cohæres deficiente testatore supervixerit, ut dici possit moriente testatore fuisse institutus. Nam si vivo testatore decesserit, quia isto modo fit, ut alter solus tempore mortis testatoris reperiatur institutus, ex sua parte purè, ex defecta, quasi sub conditione, quæ jam extitit, solida legata præstanda erunt, satisque tunc est, ut legi satisfiat, hunc alterum totius

asis

assis quadrantem consequi, auctore Juliano in *d. l. qui fundum* 87. §. 4. nam ut legata in ea specie repetita esse dicamus cum Cujacio 4. *obs.* 35. ratio decidendi, quia Jurisconsultus utitur, non finit: qui etiam disertè sententiam suam sic restringit, ut dicat, eam tunc procedere, cùm cohæres vivo testatore decessit. Quod etiam Paulus non obscurè significat in *d. l.* 1. §. *id quod* 13. sic enim ait, legata per oneratam deficientis portionem non augeri, si is omiserit hæreditatem, add. Don. 8. *comm.* 23. Cujac. 4. *observ.* 36. & 15. *obs.* 14. & 25. *obs.* 23. Ant. Faber. 4. *conj.* 13. & 18. *conj.* 14. & *seqq.* mirè variant, nec sibi constant. Et verò universæ superiori distinctioni locus in legatis uno eodemque testamento relictis; ad ea legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, secundis à substituto relıquit, non pertinet: siquidem vetus est juris regula, *In tabulis patris & filii unam Falcidiam servari*, *l. in ratione* 11. §. *quod vulgo* 5. & *pen. l. in duplicibus* 79. *d. l. qui fundum* 87. §. *ult. hoc tit.* quasi legata secundis tabulis relicta primis sub conditione data videantur.

TEXTUS.

Quo tempore spectatur quantitas patrimonii, ad quam ratio L. Falcidiæ redigitur.

1. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque verbi gratia si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantum accesserit hæreditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, hæres quartam partem hæreditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, & ante aditam hæreditatem in tantum decreverint bona, (incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum) ut non amplius quàm septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est hæredi, cui liberum est non adire hæreditatem: quæ res efficit; ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portione pacisci.*

NOTÆ.

1. *Solida legata debentur.*) Nempe si damnum circa rem aliam, quam quæ legata est, inciderit. Nam damnum circa rem ipsam seu speciem legatam contingens legatarium sequitur, hæresque interitu rei legatæ liberatur, §. 17. *sup. de legat.* ex jure scilicet communi omnium debitorum certæ rei, *l.* 23. *de verb. obligat.* add. *l.* 30. *hoc tit.*

Cui liberum est non adire hæreditatem) Neque enim legatarii aut fideicommissarii particulares hæredem cogere possunt, ut hæreditatem adeat, quod solis permissum fideicommissariis universalibus, propterea quod in hos etiam onera ex Sc. transferuntur, *l.* 14. §. 5. & *seqq. ad SC. Treb.*

Ne nihil consequantur) *D. l.* 73. *in fin. pr. h. t.* Nam destituto testamento, id est, hæreditate ex testamento non adita, legata extinguuntur, *l.* 14. *C. de fideic.*

COMMENTARIUS.

1 *Exceptio regulæ hic propositæ.*
2 *Ejusdem regulæ declaratio.*
3 *Hæredem à legatariis cogi non posse, ut adeat.*

IN quantitate patrimonii exquirenda circa deductionem Falcidiæ visum est mortis tempus spectari, exinde neque cessione legata augeri, neque decessione minui; *sed incrementum omne & damnum, quod jacente hæreditate contingit, hæredem sequi*, *l. in quantitate* 73. *l. quod bonis* 15. §. 3. *in fin. l. cum quo* 56. *pr. hoc tit.* Cujus rei ratio est, primum quoniam hæres quartam partem ex bonis hæreditariis habere debet: at ea propriè sunt, quæ tempore mortis cujusque inveniuntur. Deinde, quia legatorum dies ex tempore mortis testatoris cedit, hoc est, legata ex eo tempore deberi incipit, *l. un.* §. 3. *C. de cad. toll.* Adde quod per legem Falcidiam legata ipso jure minuuntur, *d. l. in quantitate* 73. §. *ult.*

Nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem, &c.) Postquam placuit, à morte testatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit, accessio ante aditam hæreditatem contingens legatariis prodesse non debet, *d. l. in quantitate* 73. *l. in ratione* 30. *hoc tit.* Excipiendum tamen hic est, si quid accesserit ratione facti præcedentis aut obligationis à defuncto contractæ; veluti si debitoris, qui solvendo non erat, facultates post mortem creditoris ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam istis modis placet, ex postfacto uberiorem videri fuisse hæreditatem commodo legatariorum, *l. cum quo* 56. §. 1. *eod.* eamdemque rationem habet, quod responsum est, si pater, cum quo ex

con-

contractu filii de peculio agi poterat, à creditore filii hæres institutus sit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitatem non quod mortis, sed quod aditæ hæreditatis tempore fuit, in quadrantem patri imputari, *d. l. cum quo 56. §. 1. l. si creditor 83. eod.* quamvis peculio post mortem creditoris deminuto, juxta regulam spectetur tempus mortis, neque legatariis id noceat: quasi nihil intersit, peculium post mortem creditoris deminutum sit, an debitor pauperior factus, *d. l. cum quo 56. in pr. l. eo tempore 50. §. 1. de pecul.* Quamob-
2 rem quod vulgo dici solet, *eamdem rationem esse damni & commodi*, id intelligamus locum habere in iis, quæ primum emergunt? & accedunt post mortem, veluti si quid accesserit hæreditati ex fructibus, ex partu ancillarum, aut per servos hæreditarios quæsitum: *hoc text. & d. l. in quantitate 73. d. l. in ratione 30. hoc tit.* non in iis, quibus causam dedit præcedens factum testatoris. Quinimo hæc, si subtilius res examinetur, non post mortem demum accedunt, sed omnino ad tempus mortis sunt referenda? quoniam ratione principii & fundamenti jam tum in bonis fuerunt: quemadmodum & servi, qui apud hostes sunt, post mortem testatoris reversi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hæreditatem, *l. servi 43. eod.* ita ferme & Bachov. *hic.*

In tantùm decreverint) *D. l. in ratione 30. d. l. in quantitate 73.* Sunt verò hæc sic accipienda, si damna circa res alias, quàm quæ legatæ sunt, inciderint: nam si res ipsa legata perierit sine culpa hæredis, id non hæredi, sed legatariis nocet secundum tenorem perpetui juris, quo traditum est, omnes debitores, qui speciem aliquam, id est, rem certam debent, liberari, si ea res ante moram sine facto eorum perierit, *l. si ex legati 23. de verb. oblig. l. 5. de reb. cred.* Sciamus igitur, tunc periculo hæredis esse res hæreditarias, cùm res incerta legata est, veluti homo in genere, aut quantitas, puta centum aurei, decem modii frumenti. Hic enim etsi res omnes hæreditariæ perierint, dici tamen numquam potest, rem, quæ legata est, periisse, *l. 11. C. si cert. pet.* eleganter Mæcian. *in d. l. in ratione 30. §. 2. & aliquot seqq.* vid. sup. *§. si res 16. de legat. 1.*

Cum hærede in portione pacisci) In fideicommissariis hæreditatibus provisum est Senatusconsulto Pegasiano, ut si scriptus hæres no-
3 lit adire hæreditatem: jussu prætoris adeat, & restituat. Hoc verò beneficium neque legatariis, neque his quibus singulæ res per fideicommissum relictæ sunt, tributum est, *l. si quis 17. si quis om. ca. test. l. nam quod 14. §. non omnis 5. & 2. seqq. ad SC. Treb.* Quo loco Hermogenianus etiam differentiæ rationem reddit, nimirum nullam habere iniquitatem, quod fideicommissi hæreditatis servandi causa hæres adire cogatur, postquam Senatusconsulto Trebelliano cautum est, ut omnia onera hæreditatis transferantur in eum, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, *l. 4. eod. tit.* legati verò aut fideicommissi particularis causa hæredem compelli adire hæreditatem, æquum non esse; propterea quod in hos onera hæreditaria transferre non possunt, neque admittendum est, ut quis alieni dumtaxat emolumenti causa se æri alieno & litibus, vexationibus, aliisque molestiis implicare cogatur. Proinde hoc solùm relinquitur, ut legatarii cum hærede in portionem paciscantur: quod illi facile facturi, & potius aliquid remissuri, quàm ut patiantur testamentum destitui, totumque, quod legatum est, sibi perire, *d. l. in quantitate 73. in fin. pr.*

Textus.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam.

3. *Cùm autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres verò partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.*

Notæ.

3. *Deducitur æs alienum*) *L. 6. C. eod.* id est, omne cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. 54. D. eod.* Nam Falcidia detrahitur ex bonis: bona autem non intelliguntur, nisi quæ defuncto ære alieno supersunt, *l. 39. §. 1. de verb. sign.*

Si fingamus quadringentos) *L. 37. §. ult. hoc tit.* Legata ad contributionem dodrantis pro rata suæ cujusque quantitatis revocantur, *l. 3. l. 6. §. 2. C. eod.* Nota, Falcidiæ locum non esse in testamento militis, *l. 7. C. eod.* ex novo jure

jure nec in legato in pios usus relicto, *Nov. 131. cap. 12. auth. similiter, C. eod.* nec in ea re, quæ ita relicta, ne alienetur, *auth. sed & ea, C. eod.* nec cùm hæres inventarium facere neglexit, *l. ult. §. pen. C. de jur. del.* nec cum testator expressè prohibuit hæredem beneficio legis uti, *Nov. 1. cap. 2. auth. sed cum testator, C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *In bonis defuncti quæ numerentur; cùm de lege Falcidia quæstio est.*

2 *An hæres, quod sibi à defuncto debetur, deducat; & quid si rogatus, ne id legatariis imputet.*

3 *Quibus casibus lex Falcidia cesset.*

ANtequam summa constituatur, unde quar-
1 ta Falcidiæ deducenda sit, necesse est
exquiratur, quid in patrimonio defuncti sit habendum? ex eo enim quartam hæres habere debet. Patrimonium cujusque dici scimus, cujusque facultates aut substantiam, sive quod quisque in bonis habet, *l. nam quod 14. §. ult. l. cogi 16. ad Senatusconsultum Treb.* Bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum 39. §. 1. de verb. signif.* Nimirum ergo in bonis seu patrimonio defuncti sciamus non numerari omnia, quæ cùm moreretur habuit, sed id solum, quod hæreditariis oneribus deductis superest. Cujusmodi onera sunt, æs alienum hæreditarium, funeris impensæ, & pretia servorum manumissorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cætera, quæ appellatione horum continentur, in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modo ejus naturæ sint, ut & ad hæredes certo mensuræ transeant, (nam contra est, sive non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus, *l. 38. hoc tit.* vel ita transeant, ut non sint mansuræ: exempl. *in l. 11. §. 1. & 2. l. si statu liber. 38. eod.*) & ex iis hæres aliquid commodi percipere potuerit. Non enim computatur nomen inane, quod tantùm ex eventu hæreditatem auget, *l. Nesennius 22. §. pen. l. cum quo 56. §. 1. eod.* neque debitum naturale nondum solutum, *l. 1. §. id quod 17. eodem.*

Æs alienum) Primum in hanc deductionem venit æs alienum, id est, id omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. pater 54. hoc tit.* Sed & æris alieni loco habetur, si quid est, cujus præstandi causa mortuo testatore ante aditam hæreditatem nata est, tamquam contractum ab hæreditate, *l. æris 39. eod.* Illud quæsitum circa hanc deductionem, 2
an etiam hæres quod sibi à defuncto debetur, detrahere possit. Subtilitas rationis facere videtur, ne possit: quippe cùm additione hæreditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut quod prius ei debebatur, deberi desinat, *l. sicut 75. l. Stichum 95. §. 2. de so ut.* Sed nihilominus placuit deduci posse, *l. 6. C. hoc tit.* id ob hanc procul dubio causam, quoniam in ratione legis Falcidiæ, cùm de æstimatione patrimonii agitur, mortis tempus spectatur, quo tempore nondum est ulla actionum confusio. Hodie hoc amplius à Justiniano tributum hæredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hæreditate actiones ejus confundantur, sed ut similem cum creditoribus extraneis fortunam habeat, *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* Quid si hæres rogatus sit, ut creditum legatariis imputet? Ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiæ voluntas defuncti servabitur, *l. si debitor 12. hoc tit.* sic ut debito fini quadrantis compensato, superfluum æris alieni tantùm dodranti detrahatur, *l. quod bonis 15. §. cum fideicommissum 4. eod.* Exemplum esto. Quadringenta sunt in bonis: hæredis debita ducenta; legata trecenta. Hæres compensabit cum quadrante centum: reliqua centum de dodrante detrahet. Hodie de hoc supervacuè quæritur: quoniam Falcidiæ detractio nominatim vetari potest, *Nov. 1. c. 2.*

Impensa funeris) Ea est, quæ fit causa funeris, hoc est, ut funus ducatur, mortuus efferatur & sepeliatur, & sine qua neque funus duci, neque mortuus sepeliri honestè potuisset. Quare etiam id, quod erogatum est in locum, in quem mortuus infertur, funeris causa impensum videri debet, *l. & quis 14. §. funeris 3. de rel. & sumpt. fun. l. 1. in fin. cum l. seq. hoc tit.* Hæc autem impensa semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvenda non sunt, *l. pen. de relig. & sumpt. fun.*

Pretia servorum manumissorum) Neque tantùm eorum, qui testatoris proprii fuerunt, verùm etiam quos hæres, cùm alieni essent, redimere & manumittere rogatus est, *l. ejus 37. §. 1. eod.* Aliarum quoque impensarum, quæ modo hæreditatis suscipiendæ causa factæ sint, deductionem permisit Justinianus, *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* Quæ se- 3
quuntur, interpretem non desiderant. Illud sciendum est, beneficium legis Falcidiæ non esse perpetuum. Et jam olim cessabat in testamento militis, *l. 7. C. hoc tit. l. 12. C. de test. mil.* item in dote mulieri relegata, propterea

quod

quod suam rem mulier recipere videtur, *l. sed usufructus* 81. §. 1. *hoc tit.* in commodo tamen præsentationis legi patuisse locum non dubito, *arg. l. 2. in pr. de dot. præl. l. 1. §. si quis* 10. *hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, *l. si servus* 33. *eod. l.* 8. §. *quarta* 9. *de inoff. test.* Hodie cessare creditur in legato in pios usus relicto, *per auth. similiter*, *C. hoc tit.* quamquam *in Nov.* 131. *C.* 11. unde *d. auth.* sumpta est, hoc non dicatur absolutè: & contra sæpe judicatum, Sand. *lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 10. Christin. *vol.* 1. *dec.* 320. *in fin.* Fachin. 5. *contr.* 17. si testator rem legatam vetuerit alienari, *Nov.* 119. *cap.* 12. *unde auth. sed & ea*, *hoc tit.* & in universum si prohibuerit expresse, hæredem Falcidia uti, *Nov.* 1. *c.* 2. *auth. sed cum testator*, *C. hoc tit.* item si hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. C. de jur. delib.* Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ visus est, qui id egerat, ut fideicommissum intercideret: & qui non capienti rogatus erat restituere, per Senatusconsultum Plancianum quartam retinere non poterat, *l. beneficio* 59. *pr.* & §. 1. *hoc tit.* Postremo qui sciens aut errore juris totum legatum solvit, nullam quartæ nomine condictionem habet, *l.* 9. *C. hoc tit.* Circa detractionem Falcidiæ nihil apud nos servatur alienum à Jure Romano. Vid. Grot. 2. *manuduct.* 23. Gudelin. *lib.* 2. *cap.* 11. VINN. Addi potest, cessare quartam Falcidiam, si liberis suppleatur portio legitima, *l.* 36. *C. de inoffic. testam.* item si legata sponte soluta integra. *Nov.* 1. *c.* 2. *l.* 9. §. 3. *de jur. & facti ign.* denique si instrumenta legata, quamvis eo casu vix quæstio quidem nasci possit, *l.* 15. *C. hoc tit.* HEIN.

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.
DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS.

Dig. Lib. 36. *tit.* 1. *C. Lib.* 6. *tit.* 42. & 49. *Novell.* 39. 108.

Ratio ordinis: tum quid sit fideicommissum.

SUpra titulo de legatis §. 3. promisit Imperator, se separatim de jure legatorum & fideicommissorum tractaturum, ne scilicet permista utriusque juris tractatio rem ipsam redderet difficiliorem aut magis laboriosam. Exposito igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora sunt fideicommissis, superest nunc, ut de fideicommissis instituatur disputatio: quod alterum est partitionis antepositæ membrum. *Fideicommissum est*, auctore Ulp. *in fragm. tit.* 25. *quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur sic rectè definiveris: *Fideicommissum est id omne, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut daret vel faceret.*

TEXTUS.

Continuatio.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est, ut de hæreditatibus fideicommissariis videamus.

NOTÆ.

Fideicommissa) Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur. Ulp. *tit.* 25. Legatum autem relinquitur legis modo, id est, imperativè, *dato*, *capito*, *sumito*, *damnas esto dare.* Idem *tit.* 24.

COMMENTARIUS.

1 *Fideicommissi divisio: & summa eorum, quæ hic explicantur.*
2 *Cur prius de fideicommissis hæreditatis, quàm singularum rerum agatur?*

FIdeicommissum aut universale est, aut particulare seu potius singulare. Universale, quod hæreditatem vel totam vel partem ejus continet. Particulare, quo non hæreditas aut pars hæreditatis, sed res singulæ relinquuntur; quod proinde rectius dixeris singulare, aut speciale. De fideicommissis rerum singularum agitur proximè; de universalibus, sive fideicommissariis hæreditatibus, hoc præsenti titulo: in quo Justinianus, ostensa prius communi fideicommissorum origine & incremento, differit de forma relinquendi fideicommissum hæreditatis ab hærede scripto, deque restitutæ hæreditatis effectu: tum de Senatusconsultis Trebelliano & Pegasiano, ac mox de Pegasiani in Trebellianum transfusione: in- 1

de docet, qui restituere rogari possint. Ad extremum aliquid de suo adspergit ad probationem fideicommissi in genere pertinens.

Prius est) Quemadmodum prius egit de hæredibus instituendis & deferenda testamento
2 hæreditate, quàm de legatis testamento dandis, acquisitionem universitatis ut digniorem præponens acquisitioni rerum singularum; ita etiam hic prius agere voluit de fideicommissis universalibus, quæ vi & effectu idem sunt quod hæreditas: postea de fideicommissis singularibus, quæ respondent legatis: de quibus alioqui prius dicendum fuerat juxta §. 3. *de legat.* Nam uti quoque monuimus in explicatione *d.* §. 3. exæquatio legatorum & fideicommissorum, de qua illic agitur, ad fideicommissariam hæreditatem minimè pertinet; quoniam fideicommissarius restituta hæreditate hæredis loco habetur: sed ad specialia fideicommissa dumtaxat. Potest & hæc ratio dari, quòd cùm antequam de legatis dissereret, egerit de deferenda directo hæreditate, tum hæredem instituendo, tum substituendo, rectè quoque nunc atque ordine faciat, quod antequam disputet de fideicommissis rerum singularum, doceat, quomodo hæreditas deferatur indirecto atque obliquè, sive quomodo per fideicommissum hæredes substituantur. Vide quæ notavimus sub §. *ult. per quas pers. cuique acq.* & ad *rubr. de vulg. subst.*

TEXTUS.

Origo fideicommissorum.

1. *Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantùm pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorumdam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem, tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

NOTÆ.

1. *Quibus non poterant hæreditatem*) Quales proscripti, deportati, &c. Exemplum habes apud Cic. *lib.* 1. *in Verr.* & ex parte, orbi, cælibes. Ulp. *tit.* 22. §. 2. & *tit.* 15. *cum seqq.* item fœminæ ex lege Voconia. Hujus generis exempla apud eumdem 2. *de finib. cap.* 58. VINN. Addi potest Quintilian. *Decl.* 324. item Valer. Max. *l.*4. *cap.*2. §.7. HEIN.

Sed tantum pudore) Fide, religione, probitate. Id enim, qui tum pudor erat hominum, videbatur vinculum satis validum implendæ voluntatis defuncti.

Et populare) Theoph. χαρίεν τῷ δήμῳ. Plin. *Paneg. non quia populare gratumque audientibus.*

In assiduam jurisdictionem) Ita tamen, utextra ordinem ipsi magistratus de fideicommissis cognoscerent, non more usitato formulam & judicem darent. Ulp. *tit.* 25. §.10. *l.* 178.§. 2. *de verb. sign.*

Prætor proprius) Claudius duos creavit. Suet. in *Claud. cap.* 23. ex quibus unum Titius detraxit, *l.* 2. §.31. *de orig. jur.* Cæterum prætor ad certam summam cognoscebat, de majore consules jus dicebant. Quint. *lib.* 3. *c.*6. unde lucem accipit Ulp. *de loc.* §. 12. VINN. Adde omnino Cujac. *lib.*21. *obs. c.*24. HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Ante D. Augusti tempora fideicommissa vim obligandi non habuisse, notat Mynsingerus.*
2 *Genera incapacium, & in his gratificandi fideicommissorum usus.*
3 *Lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse.*
4 *Accurata in hoc legis caput inquisitio.*
5 *Legem istam postea in desuetudinem abiisse.*
6 *De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum, & quorum ea jurisdictio? n.*8.
7 *Quod in* l. 1. junct. l. 2. C. comm. de leg. *disponitur, non pertinere ad fideicommissa universalia.*

PRimis temporibus infirma) Olim ante D. 1
Augusti tempora fideicommissa nullam vim obligandi habebant, sed eorum præstatio à fide, religione, ac probitate pendebat ejus, qui rogatus erat. Nam quemadmodum quod precario alicui utendum conceditur, totum pendet à liberalitate & voluntate ejus, qui concessit, sine ulla necessitate obligationis, *l.* 1. & *de precar.* ita nec ex precibus testatoris quemquam invitum obstringi debere existimabant non magis, quàm ex commendatione, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. Nam quod potestati & arbitrio alicujus relinquitur, cujusmodi est, quod rogatur, non inducit obligationem, *l. in venditoris* 13. *C. de contr. empt.*

Myn-

Mynsingerus *primis temporibus* sic interpretatur, ante legem duodecim tabularum, suavissimo utens argumento, quod utique sub Numa Pompilio fideicommissa viguisse verisimile sit, utpote sub quo Rege vel maxima vis fidei fuerit. Quæ insignis est ἀνιστορησία. Sic enim ille differit, ut videatur existimasse, jam ante urbem conditam decemviros legem tulisse, aut post legem latam regnasse Pompilium.

Qui capere ex testamento poterant) Duplex olim usus fideicommissorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi sæpe eveniebat, ut testamentum facere non possent propter penuriam testium civium Romanorum: quæ res etiam usus codicillorum invexit, *inf. de codic. in pr.* alter in gratificandis incapacibus, cùm scilicet hæres clam fidem accommodabat, ut incapaci restitueret: quod fideicommissum tantùm dicitur, *l.* 103. *de legat.* 1. *Gloss. Bass. tacitum*, σιγηρὸν δ᾽ ἐστιν ἔξω τῆς διαθήκης, domestica cautione vel chirographo promissum, *d. l.* 103. *l.* 10. *de his quæ ut indign.* Incapacium autem olim duo fuere genera;
2 unum eorum, qui conditione personæ capere non poterant, quo in numero erant proscripti, deportati, item deditii & Latini Juliani, omnesque, qui cives Romani non erant: alterum eorum, qui cives erant, sed propria & civili ratione aut nihil, aut non solidum, aut non ex omnium testamentis poterant capere, quales ex lege Voconia virgines, mulieres; ex lege Julia de maritandis ordinibus, cœlibes, orbi. Quæ diligentius executus sum in explicatione principii, *tit. de hær. inst.* Exemplum fideicommissi prioris generis incapacibus relicti in proscripto habemus apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verr.* qui de prætura urbana dicitur; ubi de P. Trebonii testamento commemorat, qui cùm Aulum fratrem proscriptum haberet, scripsit ut hæredes jurarent, se curaturos, ut ex sua cujusque parte ne minus dimidia ad fratrem proscriptum perveniret. Alterius generis apud eumdem *lib.* 2. *de finib. cap.* 58. ubi refert P. Sextilium Rufum rogatum à Qu. Fabio Gallo, ut omnis hæreditas ad filiam perveniret, eamque rem Rufum ad amicos detulisse. Idem *eod. lib.* memorandum fidei exemplum narrat de Sex. Peduceo, qui rogatus hæreditatem restituere uxori testatoris, cùm sciret nemo eum rogatum esse, ultro ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum exposuit, hæreditatemque reddidit. Ostendunt hæc exempla, lege Voconia
3 mulieres hæredes institui non potuisse, non uxorem à marito, non filiam à patre. Atque hinc porro hoc quoque certo colligitur, nec ad patris legitimam hæreditatem filias à lege admissas fuisse, multoque minus consanguineas ad successionem fratrum: ac proinde quod Paulus *l.* 4. *sent.* 8. de rogatione Voconia scribit, esse ἁμάρτημα μνημονικὸν, quod pluribus confirmamus *inf. tit. de leg. agn. succ.* §. 3. Multorum lex Voconia scriptis celebrata est. Meminerunt Cic. *dd. loc.* & in orat. *pro Corn. Balb.* Livius *lib.* 4. (in epitome Flori mendosè legitur *Volumnius* pro *Voconius*) Quintil. *declam.* 264. Dio. *lib.* 56. *p.* 662. Gell. *lib.* 17. *cap.* 6. *& lib.* 20. *cap.* 1. Ascon. Pedian. *in orat. de præt. urban.* Augustin. *lib.* 3. *de civ. Dei*, *cap.* 21. Latam esse eodem loco scribit Augustinus inter secundum & postremum bellum Punicum: quod verum esse liquer ex eo, quod apud Ciceronem *lib. de senectute* M. Cato gloriatur se eam legem suasisse, *cùm jam natus esset annos* LXX. sic enim legendum arbitror, non ut vulgo legitur, V. *&* LX. *annos.* Lata enim est, ut eodem loco indicatur, Q. Marcio Philippo iterum & Cn. Servilio Cæpione Coss. quorum consulatus incidit in annum ab urbe condita 595. qui est à Consulatu M. Catonis & L. Valerii Flacci 26. ut patet ex chronologia rer. Rom. Ubbonis Emmil. Legis duo fuere capita, forte etiam plura, quæ ignoramus. Nam & infinitam legandi licentiam lege 12. tabularum concessam, exemplo legis Furiæ, coercuit ut *tit. præc.* demonstratum est: & quod præcipuum est, sanxit, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, auctore Cicerone *d. lib.* 1. *in Verr. cap.* 43. Flor. *dict. epitom.* ac ne filiam quidem, testibus Ascon. *d. loc.* & Augustin. *d. lib.* 3. *cap.* 21. Utrum autem simpli- 4
citer & à tota successione mulieres remotæ fuerint, an partem aliquam saltem per legem adhuc capere potuerint, incertum est. Et filias quidem certè non in totum exclusas fuisse, ostendit locus Ciceronis 2. *de finib. cap.* 58. ubi ait, amicos Sextilii, quem rogatum scribit hæreditatem restituere filiæ testatoris, censuisse, non plus filiæ dandum, quàm posset ad eam lege Voconia pervenire. Lucium quoque Lentulum temporibus Augusti, cùm adhuc vigeret lex Voconia, filiam suam ex parte hæredem scripsisse, intelligere licet ex *princ. inf. de codicill.* Dio verò *lib.* 56. *p.* 662. de fœminis in universum refert, eas lege Voconia prohibens κληρονομεῖν ὑπὲρ δύο καὶ ἥμισυ μυριάδας οὐσίας, *supra* 25. *millia substantiæ.* Ego, utut ad filias aliquid lege pervenire potuerit, non puto tamen quod Dio scribit, ipsa lege Voconia cautum fuisse, argumento eorum, quæ ex Cicerone, Ascon. Floro, Augustino pro-

tulimus; sed postea legem, ut nimis rigidam, ita mitigatam, ut saltem partem aliquam mulieribus capere liceret, idque Dionem sic accepisse quasi cautum a Voconio legis auctore, ut alias fieri solet. Illud tamen parum adhuc constat, quantam partem postea mulieribus percipere permissum. Quintilianus *d. declam.* ait, *lege Voconia cautum, ut ne mulieri plus quàm semissem relinquere liceret*: sed hoc, ut in scholasticis exercitationibus fere fit, à Quintiliano confictum esse existimo cum Cujacio. Ipse autem Cujacius putat, lege cautum, *ut nequis census mulierum hæredem faceret ultra quadrantem*, accommodans eo locum Dionis, quem accipit de 25. millibus sestertium: quippe quæ fuerit quarta pars bonorum ejus, qui census dicebatur, nempe, qui centum millia sestertium possidebat: quod Asconius prodidit in *d. lib. 1. in Verr.* Nam vetus ratio postea valde mutata fuit, auctisque civium opibus, sestertii in locum assium surrogati videntur: siquidem initio, ut ex Livio & Dionys. Halicarn. constat, maximus census erat centum millium æris seu assium: quam summam æquant 25. mille sestertii, quippe quorum singuli quatuor assibus postea æstimati sunt. Bachovius censet, locum Dionis rectius accipi de 25. mille assibus, qui census initio quartæ classis fuit, & quarta census maximi pars. Interpres Dionis vertit centum millia nummum, sed ille haud dubiè nummum pro asse accepit, quamvis perperam: sestertium enim nummum, non assem, dicimus. Utut sit, illud constat, licet fideicommissum aliquod contra legem Voconiam aut similem relictum fuisset, ac proinde hæres nulla necessitate obstringeretur ad illud præstandum; veteres tamen existimasse, contra officium boni viri hæredem facere, fidemque violare, qui voluntati testatoris non parere, ut perspicuum est ex eo, quod de Sext. Peduceo commemoravimus ex *lib. 2. de finib. cap.* 58. & quod Cicero eodem loco refert de Sextilio rogato omnem hæreditatem restituere filiæ testatoris: *Tenuit*, inquit, *Sextilius permagnum hæreditatem, unde si secutus esset eorum sententiam, qui honesta & recta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne nummum quidem attigisset.* Notatur & à Val. Maximo avaritia Corneliæ, quod fideicommissa prædia filio Q. Pompejo publica quæstione prostrato non redderet, *lib. 4. c. 2. in fin.* Ex libris nostris manifestum est, legem Voconiam postea planè in desuetudinem abiisse, & jam tum sua ætate oblitteratam fuisse testatur Gellius *lib. 20. c. 1.* Eo verò jure, quod post secutum est, nec licitum hæredi fuisse videtur, hæreditatem incapaci restituere argumento est, quod favore fisci constitutum fuit, ut si hæres hujusmodi fideicommisso tacitè fidem suam accommodasset, hæreditas ei auferretur & vindicaretur fisco, *l. 1. l. 3. de jur. fisc.* Ad fiscum quoque pertinuisse fideicommissum deportato relictum, constat ex *l. 7. de legat.* 3. Denique Ulp. *tit. 25. §. fideicommissa 5.* cùm generaliter definivisset, fideicommissum non aliis dari posse, quàm quibus legari potest, solos mox excipit Latinos Junianos. Vinn. Multa hìc Vinnius: quæ dici potuissent accuratius. Nos more nostro pauca. Frustra in Paulli loco *lib. 4. Sent. tit. 8. §. 22.* castigatur ἁμάρτημα μνημονικόν. Paullus enim docet, fœminas ultra consanguineas successiones non admitti ad legitimas hæreditates. Addit rationem: *idque jure civili Voconiana ratione* (non Voconiana rogatione) *videtur effectum.* Lex Voconia ea de re nihil sanxerat. At ex ratione hujus legis strictè veteres interpretabantur jus mulierum ab intestato succedendi. Idque mansit, etiam postquam lex Voconia civitatis opulentia fuerat oblitterata. Vid. Doct. Schultingii Annot. ad Paul. *ibid. p.* 412. Deinde quod ad locum Dionis attinet eum accuratissimè exposuit. V.C. Jac. Perizonius *diss. de lege Vocon. p.* 144. ubi docuit, in textu Dionis intelligi drachmas, ad quas plerumque Græci rationem inibant pecuniæ Romanæ. (Vide Jo. Fr. Gronov. *de pecun. vet.* III. 16.) XXV. ergo millia drachmarum sunt CM. sestertium. Hein.

Gratia personarum motus) Igitur Augustus non confirmavit fideicommissa certa & perpetua lege: sed cùm unum atque alterum fideicommissum sum confirmasset ob causas, quæ hìc memorantur, consules demum auctoritatem suam interponere jussit, id est, consulibus cognitionem de fideicommissis singulis negotiis mandavit. Ait, *gratia personarum.* Ipse Augustus relictum à se fideicommissum L. Lentuli gratia, qui rogaverat, præstitit, *inf. de codic. in pr.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fideicomissum relictum dicebatur, puta personæ sanguine aliave necessitudine defuncto conjunctæ, aut singulari conditione aliisve raris animi dotibus præditæ.

Per ipsius salutem) Antiquissimum genus jurisjurandi, aut potius vehementioris asseverationis etiam sanctis viris usurpatur, *Genes. cap.* 42. 15. μὰ τὴν ὑγείαν Φαραώ, per salutem Pharaonis.

In assiduam jurisdictionem) Ut jam non amplius cognitio de fideicommissis speciatim in singulis negotiis aut quotannis Magistratibus 6

man-

mandaretur, sed ut perpetuo vi & potestate magistratus sui de fideicommissis omnibus jus dicerent, quamquam extra ordinem, ut scilicet ipsi magistratus cognoscerent, non more judiciorum usitato formulam & judicem darent, Ulp. *tit.* 25. §. 10. unde fideicommissi persecutio extraordinaria dicitur, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Justinianus quidem, ut monuimus *sup.* §. 3. *de legat.* in eo quoque fideicommissa exæquavit legatis, ut iisdem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis legatis olim competebant, quasque ipse postmodum pro legatis omnibus concessit, *l.* 1. *C. comm. de legat.* liceret persequi & fideicommissa, *l.* 2.
7 *C. eod.* Verùm hoc ad fideicommissa rerum singularum dumtaxat sicut & universa exæquatio pertinet; erratque perspicuè Mynsingerus, dum id transfert ad fideicommissa hæreditatis.

Prætor proprius crearetur) Pomp. *l.* 2. §. *capta.* 32. *de orig. jur.* tradit, Claudium duos Prætores creasse, qui fideicommissis jus dicerent, ex quibus unum D. Titius detraxerit. Sueton. in *Claud. c.* 23. *Jurisdictionem*, inquit, *de fideicommissis quotannis & tantùm in urbe Magistratibus delegari solitam in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit.* Quod etiam Ulp. *d. loc.* confirmat scribens, cognitionem de fideicommissis in provinciis fuisse præsidium provinciarum: item *l.* 5. *C. de reb. cred.* Prætoris fideicommissarii mentio fit in *l. quæsitum.* 78. §. *pen. de legat.* 3. *l. pen. in fin. quib. ad lib. proclam. l. si cui* 92. *in pr. de cond. & dem. l.* 2. *C. qui pot. in pign.* Neque tamen solius prætoris in urbe jurisdictio de fideicommissis propria tunc esse cœpit, sed ita partita est, ut prætor ad certam summam cognosceret, de majore consules jus dicerent. Fab. *lib.* 3. *c.* 6. *Non debes*, inquit, *apud prætorem petere fideicommissum, sed apud consules, major enim prætoria cognitione summa est.* Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit.* 25. scribit, cognitionem de fideicommissis Romæ esse consulum, aut prætoris, qui fideicommissarius vocatur. Vinn. Immo ipsos Imperatores extra ordinem aliquando de fideicommissis cognovisse comperio. Exemplum est in *l.* 26. *ff. de prob.* Hein.

Textus.

De fideicommisso hæredis scripti.

2. *In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento hæres instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hæreditatem alii restituat alioqui inutile est testamentum, in quo nemo hæres instituitur. Cùm igitur aliquis scripserit:* Lucius Titius hæres esto, *potest adjicere*, Rogo te, Luci Titi, ut cùm primum poteris hæreditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, restituas. *Potest autem quisque & de parte restituenda hæredem rogare, & liberum est, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.*

Notæ.

2. *Recto jure testamentum*) Scilicet cùm quis testamento fideicommissum vult relinquere, nam sine institutione hæredis testamentum consistere non potest, §. 34. *sup. de legat.* Cæterum potest & ab intestato fideicommissum codicillis relinqui, §. 10. *inf. eod. Recto jure*, id est, directo jure, Schol. Thoph. ὀρθῶς, ἐξ εὐθείας, sic *rectum judicium*, pro directo, *l.* 18. §. *ult. commod. recta vindicatio* pro directa, *l.* 9. §. 2. *de acq. rer. dom.*

Commentarius.

1 *Quis, cui, à quo fideicommissum hæreditatis rectè relinquat?*
2 *Ex certo die aut in diem cur fideicommissum rectè detur, hæreditas non item?*

Obliqua acquirendæ hæreditatis ratio iisdem illis rebus constat, quibus directam constare diximus *sup.* §. *ult. per quas pers.* videlicet delatione fideicommissi, & delati susceptione. Deferre seu relinquere fideicommissum hæreditatis possunt, qui & testamentum facere, *l.* 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *in pr. & seqq.* §§. *de legat.* 3. *l.* 6. §. 3. *de jur. eod.* Relinqui iis potest, qui qualemqualem testamenti factionem habent, id est, vel passivam, ut loquuntur, *arg.* §. *legari.* 24. *sup. de legat. l.* 1. *de legat.* 1. Neque ulla nunc est in hac parte differentia inter hæredum institutiones aut legata & fideicommissa, sive universalia sive specialia. Ab iis relinqui potest, ad quos hæreditas nostra perventura est, sive directo sive obliquè, sive ex testamento, sive ab intestato, sive jure civili, sive jure honorario, §. *praeterea.* 10. *inf. eod.* In modo relinquendi nihil interest, utrum testamento relinquatur, an codicillis: at testamento à solo hærede instituto relinqui potest, codicillis etiam à legitimo. Susceptio utriusque factum & voluntatem desiderat & hæredis fideicommissum restituentis, & fideicommissarii restitutum accipientis: de quibus omnibus, aut maxima eorum parte, amplius in progressu. 1

Recto jure testamento hæres instituatur) Cùm quis

quis testamento fideicommissum vult relinquere, necesse omnino est, quod hìc traditur, ut testator directo aliquem testamento hæredem instituat, eumque roget, ut hæreditatem alii restituat: quippe cùm sine institutione hæredis testamentum consistere non possit, §. *ante* 35. *sup. de legat.* 3. Utrum autem hæres institutus eodem testamento rogetur, an codicillis, nihil refert, §. 1. & 2. *inf. de cod. l.* 8. *eod.*

Vel ex certo die) Fideicommisso hæreditatis hoc cum legatis & fideicommissis rerum singularum commune est, ut non tantùm purè aut sub conditione, quomodo etiam directo potest hæres institui, verùm etiam ex certo die, aut in diem relinqui possit; sicut legata & singulæ res per fideicommissum, *l.* 1. & *pass. tit. de cond. & dem.* quamvis directo hæreditas ita dari non possit. Nimirum diem hæredis institutioni adjectum pro supervacuo haberi placeat, ne testator post tempus aut medio tempore, atque ita pro parte intestatus decedat, quod juris civilis subtilitas non patitur, §. *hæres.* 9. *sup. de hær. inst. l.* 7. *de reg. jur.* At in restitutione hæreditatis hoc jus non ostenditur, cùm is qui restituit, nihilominus hæres maneat, §. *seq.*

TEXTUS.

Effectus restitutionis hæreditatis.

3. *Restituta autem hæreditate, is quidem qui restituit: nihilominus hæres permanet: is verò, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

COMMENTARIUS.

Regula est juris antiqui, *Qui semel hæres extitit, non potest desinere hæres esse, l. ei qui.* 88. *in fin. de hær. inst. l.* 7. §. *sed quod.* 10. *in fin. de minor.* Quæ regula ex eo sumpta est, quod placet, oblationem & actionem à persona ejus, cui aut adversus quem semel quæsita est, avelli non posse: de quo diligentius, Deo volente, præcipiemus *inf. sub* §. 1. *de actionib.* Hoc igitur jure constituto, consequens est, nec eum, qui rogatus defuncti hæreditatem, alii restituit, hæredem esse desinere, ac proinde ipsum nihilominus tamquam hæredem & experiri actionibus hæreditariis & convenire posse. Cæterum Trebelliano Senatusconsulto effectum est, ut restituta hæreditate, is qui restituit, nudum tantùm nomen hæredis retineat, atque ut agens exceptione restitutæ hæreditatis repelli, & conventus alios repellere possit, *leg.* 1. §. 4. *ad Senatusconsultum Treb.*

Aliquando hæredis, aliquando legatarii loco) Loco hæredis habebatur, si restituta esset hæreditas ex Senatusconsulto Trebelliano, loco legatarii, si ex Pegasiano restitutio fieret, ut mox declarabit, & ulpianus ostendit *tit.* 25. §. 12. Nam quod Giphanius scripsit, fideicommissarium legatarii loco habitum, si pars tantùm hæreditatis ei restituta esset, falsum esse apparet ex §. *ergo.* 6. *inf. eod.*

TEXTUS.

De Senatusconsulto Trebelliano.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo, & Annæo Seneca Coss. Senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas. Post quod Senatusconsultum prætor utiles actiones & in eum, qui recepit hæreditatem quasi hæredi, & in hæredem dare cæpit.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in Catalago consulum non recenseantur Trebellius & Seneca?*
2 *Quæ incommoda huic Senatusconsulto causam dederint?*
3 *Cur cùm Senatusconsulta sint pars juris civilis, senatus eum, cui restituta est hæreditas, hæredem non fecerit, eive & in eum non dederit actiones directas?*
4 *Quid juris, si debitor hæredi, aut hæres creditori solverit post factam restitutionem?*

Trebellio Maximo & Annæo Seneca Coss.) Hoc idem testatur & Ulp. *l.* 2. *ad Treb.* Cæterum hi consules non reperiuntur in Fastis, seu indice consulum: quare credendum 1 est, eos non fuisse ordinarios sive initio anni creatos, sed suffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio *lib.* 43. & 48. refert, anni consulum ab his duobus, qui primis duobus mensibus creati essent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur mensibus in Senatusconsultis & auctoritatibus scribebantur, quod confirmat hic locus: cui similis est in §. *seq.* nam neque Pegasi & Pusionis Fasti meminerunt: & in *l. cùm verò* 26. §. *subventum.* 7. *de fideic. libert.* ubi mentio fit Senatusconsulti Rubriani, quod factum dicitur tem-

temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hispone Coss. qui & ipsi in catalago consulum non recensentur, ut suffectos eos fuisse oporteat. Igitur cùm multi consules Romæ sub Impp. fierent per suffectionem, nemo ex suffectis in Fastos referebantur, sed soli duo, qui anni initio magistratum auspicati essent. Quamobrem excusandus est Ausonius, qui in *gratiar. act. ad Gratianum* negat, Senecam consulem fuisse. Vinn. Immo vix excusandus, quia suffectus Cos. etiam consul est. Consulatus Senecæ & Trebelli incidit in ultimos menses anni ab U. C. DCCCXIV. Quærit Marcilius *ad* §. *6. Inst. h. t.* cur SC. hoc dicatur Trebellianum, ac non potius Annæanum, quum tamen L. Annæus Seneca fuerit Cos. major. Respondet, videri hoc SC. omnino initio nomen Annæani tulisse, sed translatum postea ad nomen Trebelliani, quia Senecæ, perduellionis rei memoria damnata fuerit. Sed nec apud Tacitum, cui Marcilius testimonium denunciat, hoc reperio, nec semper à SCtis à majore consule nomen inditum; sed ab eo, qui tum ad Senatum retulerat. Sic SC. anno U. C. 931. Juliano Rufo & Gavio Orphito Coss. factum, non à Cos. majore Julianum, sed ab Orphito Orphitianum dictum est. Aliud Nerone & Pisone Cos. anno 810. Pisonianum vocatur *l. 8. ff. ad SC. Silan.* Omittimus exempla alia. Hein.

Si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit) In omni legato & fideicommisso inest hæc conditio, si hæres, à quo relicta sunt, hæres extiterit: quod in fideicommissis ex restituendi verbo satis intelligitur. Qua de causa si hæres aut adire hæreditatem noluerit, aut antequam adeat mortuus sit, aliave ratione defecerit, hìc eveniet, ut destituto testamento fideicommissum quoque pereat, uti cætera, quæ in testamento scripta sunt, non adita hæreditate irrita fiunt, *l. 9. de test. tut. l. eam quam.* 14. *C. de fideic. l.* 13. §. *quid ergo.* 3. *l.*
2 *ita tamen.* 27. §. *quotiens.* 6. *ad Sen. Trebell.* Cùm autem hæredes, qui rogati erant hæreditatem restituere, aut metu litium, aut prætextu metus hæreditatem adire plerumque recusarent: cumque esset æquissimum, eos onera subire, in quos jus fructusque transferretur, potius quàm cuiquam fidem suam esse periculosam; Senatusconsulto Trebelliano dubitatio hæredum cum metu incommodi sublata est, cautumque, ut quæ actiones in hæredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommisso restitueretur hæreditas, quo magis in reliquum confirmarentur supremæ defunctorum voluntates, *l. 1. §. 2. & 3. eod.*

Actiones, quæ jure civili) Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt: transeunt tamen ex senatus sententia & actiones honorariæ, veluti actio ex constituto, ex Jurejurando, & similes: immo & causam naturalium obligationum transire placet, *l. quamvis* 40. *l. si ejus.* 64. *in pr. eod.*

Ei & in eum) Quemadmodum Senatus hæredibus subventum voluit in eo, quod actiones, quæ in hæredem competebant, dari voluit in fideicommissum, ut posset hæres, si à creditoribus hæreditariis conveniretur, uti exceptione restitutæ hæreditatis; ita & subvenit fideicommissariis in eo, quod actiones, quæ hæredi competebant fideicommissario dari voluit, cui soli ob hoc agendi efficaciter facultas competit; hæres autem agens per exceptionem à creditoribus hæreditariis repelli potest, *d. l. 1. §. 4.* planè non ultra actiones ex Senatusconsulto transeunt, quàm pro ea parte hæreditatis, quæ rogatu testatoris restituta est, *§. 6. inf. eod.*

Præter utiles actiones) Licet Senatusconsulta 3
pars sint juris civilis, ac proinde per Senatusconsultum hæres effici possit, ut efficitur Senatusconsultis Tertylliano & Orficiano, eum tamen, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, senatus hæredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per aditionem hæres factus locum obtinet, quem stricta juris ratio non patitur desinere hæredem esse: quæ eadem porro ratio efficit ut nec directæ actiones ad fideicommissarium tansfire queant, sed ut semel hæredi quæsitæ sunt, ita perpetuo apud eum maneant, neque à persona ejus possint separari. Cùm igitur actiones directæ non possint & apud hæredem manere & simul pari jure fideicommissario aut in fideicommissarium dari, prætor ex auctoritate senatus utiles ei & in eum tamquam hæredi & in hæredem actiones dedit, ut hìc scriptum est: convenit *l. filiusfamilias* 18. *§. ult. ad leg. Falc. & l. penul. in fin. hoc tit.* Neque injuria fit creditoribus hæreditariis, quod actiones eorum directæ mutentur in utiles: nam nova utilis: quæ succedit, ejusdem cum vetere potestatis est, eumdemque effectum habet, *l. propen. de neg. gest.* In summa Senatusconsulto Trebelliano hoc effectum est, ut actiones, quæ hæredi & in hæredem jure civili competunt, post restitutionem hæreditatis in persona hæredis inutiles sint, utque agens exceptione repelli, conventus, alios repellere possit. Contra verò in persona fideicommissarii sint efficaces, ut is solus &

agat

4 agat efficaciter & conveniatur. Sed quid si debitor post restitutionem hæreditatis hæredi solverit? Aut quid si hæres post restitutionem factam solverit creditori? Poterit solutum per condictionem indebiti repeti, *l. si ejus. 64. in pr. eod.* quippe cùm per restitutionem inutilis planè atque inefficax per Senatusconsultum in persona hæredis obligatio fiat, & vinculum quoque æquitatis tollatur, ita ut nuda tantùm civilis obligatio remaneat. Enimvero si hæres aut debitor solverit, cùm scirent, se tutos esse exceptione, cessabit condictio, *l. si non sortem. 26. §. 3. de cond. ind.* quoniam donare voluisse præsumuntur, *l. cujus. 53. de reg. jur.*

TEXTUS.

De Senatusconsulto Pegasiano.

5. *Sed quia hæredes scripti, quum aut totam hæreditatem, aut pæne totam plerumque restituere rogabatur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabantur, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Coss. Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod Senatusconsultum ipse hæres onera hæreditaria sustinebat: ille autem, qui ex fideicommisso recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, cujus legatarii, cui pars bonorum legabatur; quæ species legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recipit hæreditatem & hæredem, id est, ut lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune esset.*

NOTÆ.

5. *Partiebatur hæreditatem*) Id est, res hæreditatis: neque enim legatarius, partiarius efficiebatur successor juris, ullæve actiones hæreditariæ ei, inve eum dabantur

COMMENTARIUS.

1 *Quæ incommoda Pegasiano Senatusconsulto causam dederint?*
2 *Hoc Senatusconsulto vim legis Falcidiæ productum ad fideicommissa hæreditatis.*
3 *Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputentur.*
4 *An hoc demum Senatusconsulto Falcidia producta ad fideicommissa singularia.*
5 *Trebelliani & Pegasiani differentia.*
6 *Legatarius partiarius, & stipulationes partis & pro parte.*

TAmetsi Senatusconsulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hæreditaria in eum, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas, transferrentur, id tamen nondum sufficiebat ad invitandum hæredem ad adeundam hæreditatem. Quamvis enim nullum damnum 1
post hoc Senatusconsultum hæredi adeunti & restituenti immineret, tamen, ut est ingenium humanum, recusabant adhuc plerumque hæredes scripti adire hæreditatem alieni emolumenti causa, unde ipsi nullum, aut exiguum lucrum percepturi erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommissum hæreditatis sæpe intercideret. Huic igitur incommodo occursum est Senatusconsulto Pegasiano, cautumque, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia legatis conceditur.

Perinde, &c. atque ex lege Falcidia) Quod 2
lex Falcidia in legatis, illud ipsum valet Senatusconsultum Pegasianum in restituenda hæreditate. Quin potius hoc Senatusconsulto vis legis producta est ad fideicommissa hæreditatis. Justinianus *orat. ad Senat.* Pegasianum factum esse ait πρὸς τὸ τῆς Φαλκιδίου μιμούμενον. Atque hinc est, quod veteres etiam quartam hujus Senatusconsulti quam nunc vulgo Trebellianicam vocant, non quartam Pegasiani, sed quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ perpetuo appellarint, ut videre est in *l. cohæredi. 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 2. §. ult. de jur. eod. l. 18. l. in ratione. 30. §. tametsi. 7. l. 47. §. 1. l. Titia. 86. l. acceptis. 93. ad leg. Falc. l. 2. l. 3. l. mulier. 22. §. 2. l. si patroni. 55. §. 2. l. deducta. 55. §. 3. hoc tit. ad Senatusconf. Treb. l. 1. l. 10. l. 11. C. ad leg. Falc.* Ulp. *tit. 25. §. 12. sup. quib. mod. test. inf. §. 3.*
Est autem adhuc aliquod discrimen circa res, 3
quas in hasce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ea tantùm imputantur, quæ jure hæreditario hæres capit: in quadrantem verò Pegasianum etiam ea, quæ hæres fiduciarius capit jure legati vel fideicommissi, aut implendæ conditionis causa, *l. quod autem 74. l. id autem. 76. l. in quartam. 91. ad leg. Falc.* Quæ differentia inde nata videtur, quod lex Falcidia ultra dodrantem legari vetat; ut proinde apud hæredem quarta pars non quarumlibet rerum, sed hæ-

hæreditatis manere debeat: non prohibet autem Senatus ultra dodrantem hæredis fideicommitti: tunc etiam, quod Falcidia voluntati testatoris subservit, quem verisimile non sit legatis patrimonium suum exhaurire voluisse, sed potius, opinioni ejus non respondere calculum facultatum: ac Senatusconsultum manifestè testatoris voluntati adversatur, quæ hæc est, ut restituta hæreditate, apud hæredem nihil præter nudum nomen hæredis remaneat. Planè nec pars ea prælegati, quæ à cohærede accipitur hæredi fiduciario in quartam imputabatur, *l.* 18. §. *ult. hoc tit. l. Titia.* 86. *d. l. in quartam.* 91. *ad leg. Falc. l. filium.* 24. *C. fam. erc.* forte quod verisimile non sit, testatorem, qui portionem cohæredis hactenus imminuit, voluisse, ut alteri id in quartam partem ejus partis, quam restituere jussus est, imputaretur. Variant tamen in hac re interpretes: videsis Don. 7. *comm.* 30. & 8. *c.* 26. Ant. Fab. 6. *conject.* 3. 4. & 5. Cujac. 8. *obs.* 4. Fachin. 5. *contr.* 13. & 16. qui & alios cit. Bachov. *in Treul. vol.* 2. *disp.* 13. *thes.* 3.

4 *Ex singulis quoque rebus*) Hinc plerique colligunt, ante Senatusconsultum Pegasianum non licuisse hæredi quartam partem de singulis rebus per fideicommissum relictis retinere, atque hoc demum Senatusconsulto legem Falcidiam productam etiam ad fideicommissa particularia: quod quamobrem mihi non probatur, & cur hoc jus atiquius Senatusconsulto existimem, exposui *sup. tit. prox. in pr.* Illa etiam ratio nunc me movet, quod utrumque Senatusconsultum circa idem subjectum versetur. Nam etsi non idem Senatusconsulto Pegasiano cautum est, quod antea cautum erat Senatusconsulto Trebelliano, de eodem tamen utroque cautum esse constat, videlicet de hærede rogato restituere hæreditatem, non de eo, qui oneratus sit fideicommissis particularibus. Verba Trebelliani referuntur in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Igitur quartæ de singulis rebus per fideicommissum relictis detractio Pegasiano Senatusconsulto accepta ferri non debet, sed juri antiquiori & ipsi legi Falcidiæ ex interpretatione prudentum. Neque obstant verba hujus textus: quippe quibus hoc solum significari existimo cum Bachovio, ut si hæres & hæreditatem partemve hæreditatis restituere jussus est, & insuper ab eo particularia fideicommissa relicta sunt, non tantùm quartam deducere possit ex fideicommisso hæreditatis, sed pro rata etiam ex particularibus relictis; quemadmodum eodem modo pro rata quoque detraheretur ex legatis, si quæ testator simul reliquisset, *l.* 3. §. 2. *hoc tit. ad Senatusconsul.* *Treb.* Quis sit hujus disputationis fructus, intellige ex iis, quæ *n.* 3. add. Vas. *de success. resol. lib.* 2. §. 1. D. Tulden. *comm. in tit. seq. c.* 4.

Ipse hæres onera sustinebat) Trebellianum transferebat onera in fideicommissarium; retentionem autem nullam permittebat. Pegasianum retentionem quartæ partis concedebat; onera verò nulla transferebat, quasi sufficere hæredibus deberet, quod quarta pars ipsorum lucro cederet: ob cujus commodi perceptionem onera & judiciorum molestias subirent, nomina hæreditaria persequerentur, sicut juris erat ex lege antiqua 12. tabb. *l. ea quæ.* 6. *C. fam. erc.* Igitur restituta ex Senatusconsulto Pegasiano hæreditate, id est, quarta ex auctoritate hujus Senatusconsulti contra voluntatem testatoris retenta, ipse hæres solus atque in solidum onera hæreditaria sustinebat, cessante videlicet Senatusconsulto Trebelliano; utpote cui locus non erat; nisi secundum voluntatem defuncti hæres restituisset §. *seq.* 5

Legatarii partiarii loco erat) Universitatem alicui legari posse, id est, partem dimidiam, tertiam, aut quartam bonorum aut hæreditatis, docuimus *sup. de legat. in pr.* Neque tamen hunc legatarium, quem partiarium appellabant, fuisse successorem juris, ullasve actiones hæreditarias ei inve eum datas, sed partem bonorum sibi legatam sine ullo incommodo obtinuisse: id quod verum esse hic locus clarè ostendit: nam si actiones in hujusmodi legatarium transiissent, quemadmodum ex Senatusconsulto Trebelliano transeunt in eum, qui recepit hæreditatem, non magis opus fuisset interpositione stipulationum partis & pro parte, quarum hîc fit mentio inter hæredem & legatarium partiarium, quàm inter hæredem & eum, cui ex Trebelliano restituitur hæreditas. 6

Partitio vocabatur) Is, cui pars bonorum legata erat, legatarius partiarius dicebatur, atque hæc legati species, partitio, Ulpian. *tit.* 24. §. 25. & *tit.* 25. §. 15. Meminit & Cic. 2. *de legib.* Rationem appellationis hanc esse ait Justinianus, quoniam cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem, id est, res hæreditarias seu universa bona: quomodo & hæreditas vendi dicitur: neque enim legatarius partiarius efficiebatur successor juris, ut jam dictum est.

Unde quæ solebant stipulationes, &c.) Inter hæredem & legatarium partiarium solebant interponi stipulationes de lucro & damno communicando, quæ propriè dicebantur partis & pro parte, §. *seq.* quippe hæres, sive quid deberet hæreditas solvebat, sive quid deberetur,

tur, idem exigebat: sed antequam hæreditatem, idem exigebat: sed antequam hæreditatem adiret, stipulabatur à legatario partiario, *Si quid à me solutum sit, ejus te partem redditurum spondes?* & vicissim alter ab hærede, *Si quid exegeris, ejus partem mihi daturum spondes?* Quæ stipulationes postea inter hæredem quoque, & eum, cui deducta quarta ex Senatusconsulto Pegasiano restituebatur hæreditas, interponi cœperunt, ut remedio harum stipulationum lucrum & damnum pro rata parte communicaretur: nam solus hæres hoc casu actiones & exercebat & excipiebat, vid. Paul. 4. *sent.* 3. Ulp. *tit.* 23. §. 13. Theoph. *hic.*

Textus.

Quibus casibus locus SC. Trebell. vel Pegasiano.

6. Ergo, siquidem non plus, quàm dodrantem hæreditatis, scriptus hæres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano Senatusconsulto restituebatur hæreditas, & in utrumque actiones hæreditariæ pro parte rata dabantur: in hæredem quidem jure civili; in eum verò, qui recipiebat hæreditatem, ex Senatusconsulto Trebelliano tamquam in hæredem. At si plus, quàm dodrantem, vel etiam totam hæreditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano Senatusconsulto: & hæres qui semel adierat hæreditatem, (si modo sua voluntate adierat,) sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat, ipse universa onera sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & hæredem: si verò totam hæreditatem restitueret, emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus hæres adire hæreditatem, ob id, quod diceret eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavebatur Pegasiano Senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus esset, jussu prætoris adiret, & restitueret hæreditatem: perindeque ei & in eum, qui reciperet hæreditatem, actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano Senatusconsulto: quo casu nullis stipulationibus est opus: quia simul & huic, qui restituit, securitas datur, & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem: utroque Senatusconsulto in hac specie concurrente.

Commentarius.

1 *An hæres, qui ultro totum quod rogatum est, restituit, solus onera subeat ex Pegasiano?*
2 *Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis.*
3 *Caput Senatusconsulti de coactione recusantis adire.*

Non plus quam dodrantem) Senatusconsulti Pegasiani duo principia capita fuere, quorum uno cavebatur de hærede rogato totam hæreditatem aut plus quàm dodrantem restituere: alter de eo hærede fiduciario, qui adire hæreditatem recusabat. Nihil autem hoc Senatusconsulto cautum de hærede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultra hæreditatem adiit. Itaque hoc casu restitutio fiebat ex Senatusconsulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebantur in fideicommissarium sine ope stipulationum. Ulp. *tit.* 25. §. *is qui* 12.

Pro parte rata) V.c. Hæres, rogatus, quarta parte retenta reliquam hæreditatem restituere, fidem præstitit. Existit creditor hæreditarius, cui centum debentur: cui in 75. utilis ex Trebelliano adversus fideicommissarium actio datur in reliqua 25. directam habet jure civili adversus hæredem.

Si modo sua voluntate) Nam si à prætore coactus adierat, transferebantur actiones omnes in fideicommissarium, ut cautum erat Senatusconsulto Trebelliano: de quo mox plura.

Ipse universa onera sustinebat) Ait, hæredem rogatum totam hæreditatem aut super dodrantem restituere, si modo sua sponte hæreditatem adiisset, etiamsi eam secundum voluntatem defuncti restituisset, id est, sine deductione quartæ universa onera hæreditaria sustinuisse, atque ita nec hoc casu actiones in eum, qui recipiebat hæreditatem, post Senatusconsultum Pegasianum fuisse translatas; quod perquam absurdum videtur. Utique enim prop- 1
ter commodum, quod hæres ex eo Senatusconsulto consequebatur, ut contra voluntatem defuncti quartam partem retinere posset, vicissim Senatui visum est, ipsum solum onera hæreditaria sustinere; quo casu etiam necessario cessat Senatusconsultum Trebellianum. At ut hæres eo etiam casu, quo ultro voluntati defuncti patet, totumque quod rogatus est restituere restituit, onera hæreditaria solus subeat, nulla ratio esse videtur: quippe cùm hic non minus restitutio fieri possit ex Senatusconsulto Trebelliano, atque actiones ex eo transferri, quàm cùm hæres ex voluntate testatoris quartam integram habet, & reliquum restituit; quo casu actiones pro rata in fideicomissarium dari, in *pr. hujus* §. dictum est. Finge hæredem rogatum dextantem restituere, eumque plenam fidem defuncto præstare malle, quám contra ejus voluntatem ali-

aliquid retinere potestate Senatusconsulti Pegasiani. Cur hoc casu non æquè fieri possit restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano, & actiones pro dextante transferri in fideicommissarium, quàm cùm ubi dodrantem restituere jussus est, & restituit, transferuntur pro dodrante? Diversi juris non alia fuisse videtur ratio, quàm quod cùm hæres salvum habet quadrantem ex judicio defuncti, Senatusconsulto Pegasiano uti non potest, etiamsi maximè velit: nam ad hunc casum Senatusconsultum illud non pertinet, sed intacta hactenus prioris Senatusconsulti mansit auctoritas. At verò cùm plus quàm dodrantem rogatus est restituere, tum uti potest posteriore Senatusconsulto, quod in hunc casum prospexit, & prioris vim ac potestatem quodammodo sustulit. Quamobrem si is, qui beneficio Pegasiani juvari poterat, eo usus non sit, remisisse illud, atque in hoc hæredi fideicommissario gratificari voluisse censetur, ut tam oneribus hæreditariis obstrictus maneat, quàm si detracta quarta reliquum dumtaxat restituerit. Facit eo quod scribit Paulus 4. *sent.* 3. §. *ult.* qui totam hæreditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, repetere eam non posse: Cæterum, ut arbitror, aut summi juris ratio hoc efficiebat, aut quod magis puto, pertinuit ad eum casum, quo hæres, qui Pegasiano uti poterat, totam hæreditatem simpliciter restituit. Quod si enim nominatim testatus fuisset, velle se hæreditatem restituere ex Senatusconsulto Trebelliano actionum transferendarum causa, non video cur hoc admitti non debuerit. Immo restitutionem ita ex Trebelliano solitam fieri expresse tradit Paul. *d. lib. & tit.* §. 1. & Modestin. *l. qui totam* 45. *hoc tit.* quo tamen loco consultius putat, suspectam ut hæres dicat hæreditatem, coactusque à prætore restituat; quo & ipso casu ex Trebelliano restitutio fieri intelligitur, & actiones transferuntur: atque hoc etiam Cujacius observasse videtur, qui in *not. ad Paul.* scribit, eum qui totam hæreditatem restituere rogatus est, si Falcidiam omittat fidei explendæ gratia, vel ex Senatusconsulto Pegasiano restituere debere, interpositis emptæ & venditæ hæreditatis stipulationibus, vel quod expeditius est, ex Senatusconsulto Trebelliano aut vi prætoris ex Pegasiano, coactus nullis interpositis stipulationibus,

1 *Quasi partis & pro parte*) De quibus dictum §. *præc.* Nam ad exemplum partis & pro parte stipulationum, quæ de lucro & damno communicando interponi solebant inter hæredem & legatarium partiarium, hac quoque in causa interponebantur inter hæredem & fideicommissarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, Ulp. *tit.* 25. §. 13. Paul. *d. lib. & tit. in pr.* Theoph. *hic.*

Empta & vendita hæreditatis) Cùm tota hæreditas rogatu defuncti sponte restituebatur, emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Quales illæ stipulationes fuerint, nusquam disertè traditum est, nisi quadantenus apud Ulp. *l. in illa* 50. §. 1. *de verb. oblig.* ubi hæc ex parte emptoris profertur: *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est, eritve, quominus perveniat*, subaudiendum, *tantam dari spondes?* Ex quo cum Hotomanno suspicari licet, hanc fere contrariæ stipulationis formulam fuisse: *Quantam pecuniam hæreditatis causa præstitero, solvero, tantam dari spondes?* Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi constat, quod Ulp. scribit, *l. 2. de hær. vel act. vend.* ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum esset, effectu scilicet: neque enim vi istarum stipulationum actiones hæreditariæ in emptorem transferri potuerunt. At enim verò, ut non multo ante probavimus, potuit hoc casu & ex Trebelliano nominatim restitutio sic fieri, ut actiones transferrentur sine interventu hujusmodi stipulationum. 2

Si recusabat hæres scriptus) Alterum hoc principale caput Senatusconsulti Pegasiani fuit, ut si hæres recusaret adire hæreditatem, jussu prætoris adire & restituere cogeretur, *l.* 4. *l.* 6. §. 2. *l.* 14. §. *pen. & passim hoc tit. l. si quis* 17. *si quis om. ca. test.* Ulp. *tit.* 25. §. 14. At inquies, cùm adire facti sit, ad quod nec servus à domino præcisè compelli potest, *l.* 3. *C. de hær. inst.* quomodo ad id compelletur hæres? Compelli præcisè posse, non existimo, sed contumaciam hæredis pro aditione habendam, *l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.* 3

Quasi damnosam) Sufficit autem hoc ab hærede allegari: neque enim inquiritur, solvendo sit hæreditas, nec ne. Sed neque præscribitur hæredi, cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit: cum variæ sint hominum voluntates, quorumdam negotia timentium, quorumdam vexationem, quorumdam æris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hæreditas, quorumdam offensas vel invidiam, quorumdam gratificari volentium his, quibus hæreditas relicta est, sine onere tamen suo, *d. l.* 4. *hoc tit.*

Quo casu nullis stipulationibus est opus) Jussu prætoris adita & restituta hæreditate, ei & in

in eum, qui recepit hæreditatem, actiones dantur perinde, atque si ex Trebelliano Senatusconsulto restituta fuisset, idque ut ita fiat, Pegasiano Senatusconsulto cautum esse scribit Ulp. *d. tit. & §.* Quamobrem nullis hic stipulationibus opus erit. Ut autem restituenti hoc casu prospectum, ne ullum damnum sentiat, ita vicissim omne commodum amittit, quod si cogi se passus non esset, vel beneficio Pegasiani, vel ex voluntate defuncti, percipere potuisset, *d. l. 4. d. l. 14. §. qui compulsus 4. l. ita 27. §. 2. & §. præceptis 14. hoc tit.*

Utroque Senatusconsulto concurrente) Nam quod hæres invitus cogebatur adire à prætore, id erat ex Senatusconsulto Pegasiano: quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem, ex Trebelliano.

TEXTUS.

Pegasiani in Trebellianum transfusio.

7. *Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis simplicitas, quàm difficultas placet; ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quàm differentiis utriusque Senatusconsulti, placuit expulso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hæreditates restituantur: sive habeat hæres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano SC. pro rata portione actionibus tam in hæredem, quàm in fideicommissarium competentibus. Si verò totam hæreditatem sponte restituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommissario, & adversus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani Senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret hæres scriptus sibi datam hæreditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommissario restituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones. Et hoc transposuimus ad Senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas hæredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hæreditatem, nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.*

NOTÆ.

7. *Vel repetere solutum*) Solutum scilicet errore facti, non juris, *l. 9. C. ad leg. Falc. v. gr.* Qui 100. in bonis habebat, 100. legavit. Hæres integra legata solvit. Si errore facti, credens eam esse quantitatem patrimonii defuncti, ut exolutis legatis adhuc abunde sibi ad quartam Falcidiæ supersit, repetitionem habet: si errans in jure, non habet. Id est, si non ignorabat quantitatem substantiæ: putabat autem se quartæ retentionem non habere. Idemque juris est in restitutione fideicommissi, ut *hic.*

Pro rata portione) *L. 1. C. h. t.* Onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectant, *l. 1. §. ultim. D. eod.* & ibi Accurs. DD. in *l. 2. & ult. C. eod.* Nisi minus dodrante restituere hæres rogatus sit: tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent, *l. 1. §. pen. eod.* Gloss. & DD. *ubi sup.*

Totam hæreditatem sponte) Dum fidum obsequium defuncti precibus præbere desiderat, *l. 45. ad SC. Treb.* & pleniore officio fidei præstandæ fungi, *l. 5. §. 15. de don. int. vir.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes captiosæ visæ?*
2 *An hæres, qui non confecit inventarium, amittat quartam Senatusconsulti? & an testator deductionem hujus quartæ vetare possit?*
3 *Duplex deductio juxta* c. Raynutius. 16.
4 *Pro qua parte actiones transeant aut remaneant?*
5 *Explicatur* l. 5. C. hoc tit.
6 *Legatorum onera ad solum fideicommissarium pertinere.*

TRansfunditur hoc loco vis omnis Senatusconsulti Pegasiani in Trebellianum, ut jam ex solo Senatusconsulto Trebelliano restituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quasi ex hoc Senatusconsulto quartam, vel quod quartæ deest, retinere potest: ex eodem actiones pro rata, ex hoc Senatusconsulto cogitur: restituta tota hæreditate sive sponte sive jussu prætoris, actiones omnes in fideicommissarium transeunt, nullusque jam amplius usus stipulationum, quarum antea meminit.

Ex Pegasiano Senatusconsulto descendentes) Stipulationes partis & pro parte emptæ & venditæ hæreditatis non sunt Senatusconsulto Pegasiano primum introductæ, sed sunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex Pegasiano descendere, quia eo Senatusconsulto translatæ sunt ad restitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hinc colligit, nomi-

minatim Senatusconsulto mentionem harum stipulationum factam fuisse.

1 *Captiosa*) Captiosæ fuerunt stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia salvæ nihilominus hæredi & adversus hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum stipulationum interpositionem cogebantur creditores fideicommissarium convenire, sed hæres lites excipiebat, & solutum creditoribus à fideicommissario repetebat; sicut è diverso fideicommissario cum hærede agendum erat, ut quod à debitoribus exegisset, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facile eveniebat, ut alter damnum peteretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius: quod, cùm ex Trebelliano restituitur hæreditas, commodè potest vitari. Nam quatenus hæreditas est, eatenus hæres si conveniatur, exceptione restitutæ hæreditatis se tueri potest:& vicissim si ipse experiatur, eadem exceptione repelli. Captiosas igitur hasce stipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ, sed quia captioni & damno obnoxiæ, plenæque difficultatibus, quia captiosæ propter has stipulationes Senatusconsulti Pegasiani ambages, auctore Justiniano, *l.* 2. §. *6. C. de vet. jur. enucl.* Captiosum enim nostris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut damno est, *l.* 5. *de transact. l.* 14. §. *aliquando* 5. *vers. nude quidam quod met. ca. l.* 6. §. *si quid* 10. *quæ in fraud. cred.* Rectè igitur Theophilus reddidit. σπιζημίνς id est, damnosas: neque causam video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis simplicitas) Laudat in §. *ceterum.* 3. *inf. de legit. agn. success.* legem 12. tabularum, quod simplicitatem legibus amicam amplexa sit in legitima agnatorum successione. Quod autem legumlatoribus in condendis legibus placere videmus: id etiam in earum interpretatione nobis sequendum est, vitandæque argutiæ, subtilitates, scrupulositates, obscuritates, distinctiones ac differentiæ nimiæ.

Senatusconsulto Trebelliano præstare) Quod planius erat, & citra captiosos circuitus, ipso jure quoad vim & effectum transferebat id, quod non nisi per stipulationes interpositas longosque & captiosos habitus Pegasianum exsequebatur.

2 *Vel quartam vel quod deest*) Hinc Interpretes quartam hanc dicere Trebellianicam. Veteribus autem numquam alio nomine, quàm Falcidiæ appellatur, ut ostendi *sup.* §.5. nimirum quia Senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta fuit, quàm quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalia. Ex quo porro intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam propriæ hanc quartam contineri, & proinde positis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expressè nulla differentia constituta est inter quartam, quam hæres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommisso hæreditatis quidquid de Falcidia jure nostro cautum est, ex æquo ad utramque quartam pertinere. Veluti quod Justinianus constituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* item quod Falcidiæ locus non est, si testator expressè vetuerit hæredem ea uti, *Nov.* 1. *cap.* 2. Omnino enim verisimile est, Justinianum perpetuum omnium auctorum juris usum secutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse. Atque hoc si animadvertissent interpretes, nemo eorum repertus esset, qui ausus fuisset hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum est, ut difficile dictu sit, utra sententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, vid. Ferrar. *in form. libell. pro leg. rei sing. n.* 5. Gom. 1. *resol.* 5. *num.* 11. *&* 12. Everh. *in Top. à Falc. ad Trebell. loco* 34. Gail. 2. *obs.* 138. *n.* 16. Clar. §. *testam. quæst.* 62. Mantic. 7. *de conj. ult. vol.* 11. *&* 12. Fach. 3. *cont.* 4. Perez. *ad tit. C. de jur. del. num.* 14. *& C. ad Senatusconf. Trebell. num.* 20. Christin. *vol.* 1. *dec.* 316. *& vol.*4. *dec.* 25. 51. *&* 52. D.Tuld. *comm. in tit. præc. cap.* 3. Apparet tamen ex allegatis à Christinæo, sic ferè usu receptum esse, ut etiam detractio quartæ Senatusconsulti expressè prohiberi possit, præter quam in liberis primi gradus, quod etiam apud nos obtinere refert Grot. 2. *manud.* 20. Intellige autem per liberos primi gradus, non tantùm filios sed etiam nepotes, &c. quos nemo in suo ordine antecedit. Ob inventarium verò non confectum hæredem non amittere quartam Senatusconsulti: & ita sæpissimè judicatum: Mynf. 3. *obs.* 60. Gail. *d. obs. n.* 3. *&* 6. *Dec. Cur. Holl.* 3. add. citatos à Christin. *d. decis.* 51. *n.* 3. Jure canonico liberis universali 3
fideicommisso gravatis duplex detractio permissa est, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Raynutius* 16. *x. de testam.* quod quamqu am legibus civilibus incognitum est, vid. Cujac. 8. *obs.* 5. Hotom. *illust. quæst.* 43. usu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum esse, & tanquam Evangelium practicari, testantur Bald. & Jas. *in auth. res quæ, C. cum de leg at.* Castr. *in l. jubemus* 6. *C. ad Senatusconsul. Trebell.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 245. *& dec.* 315. eoque jure etiam nos utimur. Grot.

Grot. 2. *manuduct.* 20. *dec. Cur. Holl.* 3. & 17. In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, sequimur in his regionibus jus commune. Grot. *d. loc.* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. nov.* c. 11. ubi tamen dubitari posse scribit, an in locis, in quibus hæredes instituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenses & Cortracenses admittenda sit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio: & magis existimat admittendam non esse, *arg. l. lex Falcidia* 47. §. 1. *ad leg. Falc.* VINN. Jus, *capitulis Raynutius & Rainaldus,* 2°. *de test.* invectum, jure civili incognitum esse plerique statuunt cum Cujacio & Vinnio nostro. Sed non inepte id negaveris. Nam (1) dum jus civile jubet ante computationem quartæ Falcidiæ, (adeoque & Trebellianicæ,) deduci æs alienum, profecto etiam deduci voluit portionem hæreditatis legitimam, quippe quæ recte æri alieno accensetur. *l.* 8. §. 8. *ff. de inoff. test. l.* 67. §. 1. *ff. de legat.* 2. Deinde (2) in *l.* 6. *C. ad SC. Treb.* diserte Zeno: *Idem*, inquit, *in retinenda legis Falcidiæ portione obtinere jubemus: & si pater vel mater filio, seu filiæ, institutis hæredibus, legaverit, eos easve nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus suis, ac deinceps restituere hæreditatem.* Permittit ea lex liberis, fideicommisso obstrictis, ut possint detrahere quartam pro auctoritate Trebelliani Senatusconsulti; sed addit, in eam quartam nec reditus, nec quartam Falcidiam imputari. Quartam autem Falcidiam non aliam hic esse quam portionem legitimam, acute observavit Vir Clarissimus A. A. Pagenstecher. *in Aphorism. h. t.* §. 164. Sane & alibi portio hæc vocatur quarta Falcidia, ut *l.* 8. §. 9. & 14. *ff. de inoff. test. l.* 31. *C. eod.* & apud Paul. *Recept. Sent. lib.* 4. *tit.* 5. §. 5. Quin jam ab aliis observatum, portionem hanc vel lege Falcidia, vel ex ejusdem rationibus fuisse introductam. Vid. Jan. à Cost. *ad pr. Inst. de inoffic. test.* & V. C. Schulting. *Jurispr. ante justin. p.* 381. Ex quo patet, Pontificem in istis capitulis interpretem magis juris civilis, quam legislatorem egisse. Dissentit D. Harprecht. *Diss. de jure deducendi duas quartas*, cujus argumentis tamen facile satisfieri posset, si id jam ageretur. HEIN.

Vel repetere solutum) Solutum scilicet erro-
4 re facti, *l. error* 9. *C. ad leg. Falc.* Repetitur autem hoc non beneficio Senatusconsulti, sed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacumque ex causa solutum est, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentius suo loco.

Pro rata portione) Si pars tantùm hæreditatis restitui jussa est, pro parte non restituta actiones apud hæredem remanent; pro restituta transeunt in fideicommissarium. Si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio, si hæres eam totam restituit, (sponte, an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes: si dodrantem retenta quarta ex Senatusconsulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remanent, *l.* 1. *C. hoc tit.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui legatis oneratus est, qui solus cogitur respondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujusque parte simul atque facta est restitutio, id est, si hæres verbo dixerit se restituere, aut per epistolam vel nuntium restituerit, quamvis fideicommissarius nondum nactus sit rerum possessionem, *l. restituta* 37. *l. facta* 63. *in pr. hoc tit.* Quod autem etiam in
ponenda ratione Senatusconsulti deduci dici- 5
tur æs alienum, *l.* 5. *C. eod.* eo nihil aliud significatur, quàm quod in constituenda summa bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut sciri possit, quantum æris alieni in fideicommissarium cum portione restituta transeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis esse: ex his centum deberi. Hic fideicommissario restituentur ccclxxv. ac pro hac portione, id est, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni cxxv. retinebit hæres, pro quarta parte ipse à creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res transigenda est, postquam placuit, actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod
non satis recte mihi explicuisse videtur. We- 6
semb. & post eum Chistin. *vol.* 4. *dec.* 53. *n.* 5. Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte sua onus æris alieni subeat: onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectare communiter placuit. Accurs. *in l.* 1. §. *ult. hoc tit. DD. in l.* 2. & *l. ult. C. eod.* Tholosan. 42. *syntagm.* 31. *num.* 3. D. Tulden. *comm. in hunc tit. cap.* 4. Quæ sententia, etsi Donello in *d. l.* 2. falsissima, mihi tamen vera videtur. Nam cùm quarta pariter ex legatis & fideicommisso detrahatur, *l.* 3. §. *eod.* utique ex residuo dodrante, quem totum hæres restituit, legatariis satisfaciendum: alioqui non habiturus esset hæres quartam integram: nisi dicamus, hæredem nihilominus à legatariis recte pro sua parte conveniri, & quod solvit à fideicommissario eum repetere debere, sibique imputare, quod portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in proposito dici non potest: quoniam auctoritate senatus, dodrante, unde omnia legata præstanda sunt, restituto, actiones le-

gâ-

gatariorum in fideicommissarium transferuntur, qui conventus, quod sibi detractum legatarii pro rata imputabit, *argum. l. 3. in pr. eod.* Planè si antequam restitutio facta est, legatarii petant: puro hæredem exceptione adjuvari non debere, cùm si solvat, hoc minus ex causa fideicommissi restituat, *argum. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. 7. in fin. eod.* Quod si hæres minus dodrante restituere rogatus est pro eo, quod ultra quartam habet: etiam legatorum & fideicommissorum specialium onera ad eum pertinere, certum est, *l. 1. §. pen. eod.* Salic. *in d. l. 2. & l. ult.* Grot. *2. manud.* 10. Mynf. Schneid. *hic.* Ad quem casum plerique cum Glossa etiam referunt *d. l. 2.* Bachovius in *not. ad Treult. vol. 2. disp. 11. thes. 9.* putat, hanc *d. l.* sententiam esse, quod fideicommissarius cogatur pati, ut tam de sua parte, quam de legatis quarta detrahatur, cùm concurrentibus legatariis de restituenda hæreditate agitur.

Nec damno nec commodo) Quod merito placuit. Nam neque damnum ullum hoc casu sentire hæredem æquum est, propterea quod coactus contemplatione alterius adit; neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l. 5. hoc tit.* de quo etiam dictum §. proximè præced.

Textus.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommissariis supradicta locum habeant.

8. *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur; an ex parte hæres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hæreditatis restitutione diximus.*

Commentarius.

Sententia hujus loci satis plana est. Nam tantùm qui ex asse institutus est, & rogatus aut totam hæreditatem aut partem ejus restituere potest, vel ultro adeundo & restituendo, partem quartam aut quod quartæ deest retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel suspectam hæreditatem dicendo, exonerati, totamque transferre in eum, qui adire cogit, *l. cogi. 16. si quis 4. hoc tit.* verùm etiam, si quis ex parte & verbi causa si ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis, & in proposito sesquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & transeant. Potest & partem totam ultro restituendo, aut adire recusando, prætorisque jussu adeundo, omnes actiones abs se removere, & transferre in fideicommissarium. Denique qui partem partis, ex qua institutus est, restituere rogatur, potest similiter si quartam partem suæ partis salvam judicio defuncti non habeat, quod ei deest, retinere; & recusans adire, desiderante fideicommissario cogi à prætore, ut adeat, totamque illam partem restituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hìc etiam locum habet vulgata regula: *Quod juris est in toto quantum ad totum, idem juris est in partem quantum ad partem, l. quæ de tota. 76. de rei vind. l. 3. pro derel. §. si rem. 12. in fin. sup. de legat.* Simile est, quod sup. §. 1. *de leg. Falc.* docuit in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni. Ex. g. Si quis ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis retinere.

Textus.

De eo, quod hæres voluntati testatoris deducit, præcepitve.

9. *Si quis una aliqua re deducta, sive præcepta, quæ quartam continet, (veluti fundo vel alia re,) rogatus sit restituere hæreditatem, simili modo ex Trebelliano Senatusconsulto restitutio fiet, perinde ac si quartam parte retenta rogatus esset, reliquam hæreditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, cùm deducta sive præcepta aliqua re, restituitur hæreditas, in solidum ex eo Senatusconsulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud eum hæredem, sine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero verò casu, cùm quarta parte retenta rogatus est hæres restituere hæreditatem, & restituit, scinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante remanent apud hæredem. Quin etiam licet una aliqua re deducta aut præcepta, restituere aliquis hæreditatem rogatus sit, in qua maxima pars hæreditatis contineatur, æquè in solidum transferuntur actiones. Et secum deliberare debet is, cui restituitur hæreditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, & si duabus pluribusque rebus deductis præceptisve, restituere hæreditatem rogatus sit. Sed etsi certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus sit aliquis hæreditatem*

tem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse institutus est, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres scriptus est.

NOTÆ.

9. *Una aliqua re deducta*) Qui certa aliqua re aut summa deducta rogatus est hæreditatem restituere, similis est hæredi, cui ex re certa instituto cohæres simpliciter datus; nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, *l. 1. §. ult. h. t. l. pen. C. de hær. inst.*

In qua maxima pars hæreditatis) Nam pretium rei non mutat rationem juris: onera autem non patitur, nisi qui partem jure hæreditario retineat, *d. l. 30. §. 2.* Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, poterit hæres quod deest, jure hæreditario retinere, per *l. 1. §. 16. eod.*

Duabus pluribusve) Ratio, quia semper inspicitur, utrum qua pars jure hæreditario hæredi attribuatur, an in rebus singulis.

Qui ex parte hæres) Ut si præcepta re aliqua rogatus sit restituere, res illa apud eum sine onere remaneat.

COMMENTARIUS.

1 *An & quatenus in casu proposito, consumpta portione restituta, legatarii & creditores cum hærede agere possint?*

SUpra *tit. de hær. inst. sub. §. & si plures. 8.* docuimus, si quis solus ex re certa institutus fuerit, eum perinde hæredem fieri, omniumque bonorum hæreditatem obtinere, ac si simpliciter sine ulla mentione rei scriptus esset, ex *l. 1. §. si ex fundo. 4. d. tit. l. cohæredi. 41. §. ult. de vulg. & pup.* At si plures instituti sint, quidam ex re certa, alii simpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos solos hæredes effici, qui simpliciter aut ex quota scripti sunt; qui ex certa re aut summa, pro legatariis haberi *l. pen. C. de hær. inst.* nisi hæredes partis universæ defecerint: tum enim idem juris esse, ac si instituti in re singulari ab initio soli fuissent. Huic posteriori speciei similis est, quæ hoc loco proponitur, videlicet cùm quis, deducta certa re vel summa, rogatus est hæreditatem restituere. Restituta enim in proposito hæreditate, fideicommissarius instar cohæredis est, hæres instar ejus, qui ex certa institutus, cohæredem habet scriptum simpliciter. Quamobrem recusante quidem fideicommissario hæreditatem recipere, solus qui rogatus est & adiit, hæres erit: at hæreditate recepta, jam solùm fideicommissarius hæredis locum obtinet, alter tamquam cohæres ex re certa vicem subit legatarii.

Una aliqua re) Quæ præcedd. §§. dicta sunt de scissione actionum hæreditariarum inter hæredem fiduciarium, qui parte reliqua ex voluntate defuncti retenta, reliquam hæreditatem restituit, & fideicommissarium Trebellianum, ea tunc obtinet hìc docemur, quando quis rogatus est hæreditatem restituere retenta parte alia qua hæreditatis seu assis, sive ut vulgo interpretes loquuntur, deducta quarta. Aliud autem longè esse, si quis præcepta re aliqua, veluti fundo, aut summa, puta centum aureis, restituere rogatus sit, quamvis ea res vel summa quartam partem vel amplius contineat. Nam etsi hìc quoque similiter restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullave onera hæreditaria apud hæredem remanere, sed hæc omnia transire ad fideicommissarium, hæredemque præceptum habiturum jure legatarii, id est sine ullo onere hæreditario, quo constet legatarios non premi, *l. si hæreditatem 32. mand. l. ult. C. de hær. act.* Mæcianus breviter & dilucidè rem totam proponit in *l. si legatus 30. §. 3. hoc tit. Multum interest*, inquit, *utrum qua pars jure hæreditario retineatur, an verò in re vel pecunia: nam superiore casu actiones dividuntur inter hæredem & fideicommissarium; posteriore verò apud fideicommissarium sunt actiones.* Huc pertinet, *l. 1. §. ult. eod.* Quod si hæres coactus à prætore adierit, etiam commodo præceptionis privabitur, *l. ita. 27. §. si præceptis 14. eod.*

Quæ quartam continet) Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad supplementum agere poterit, vel quod quartæ deest, jure hæreditario retinere, Gloss. & DD. *hic arg. §. sed quia 7. hoc tit. l. 1. §. si hæres. 16. eod.* Æquum autem tunc esse, ut hæres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium censent Glossa in *d. l. 1. §. ult.* Cantiunc. & Mynf. *hic.*

Ex Senatusconsulto Trebelliano) Ante transfusionem Pegasiani in Trebellianum, si hæres non ultra dodrantem restituere jussus erat, restitutio fiebat ex Senatusconsulto Trebelliano. Hoc cùm nostri dicunt, perpetuo significant, actiones pro parte transferri. Si amplius dodrante, restitutio fiebat ex Pegasiano. Quo casu actiones apud hæredem remanebant, & stipulationes interponebantur, secundum ea, quæ tradita sunt, *§. ergo. 6. eod.* Hodie remoto Pegasiano distinctè pro parte restituta actiones transeunt. In casu autem proposito etiam antea

antea restitutio fiebat ex Trebelliano, *l. 1. §. si hæres. 16. eod.* actionesque in solidum transferebantur: quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæreditario remanet, similis est legatario.

In qua maxima pars hæreditatis) Finge, eum, qui quadringenta possidebat, rogasse hæredem, ut præcepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio restitueret. Hic etiam si fundus iste maximam partem hæreditatis, id est, dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo restituto in solidum actiones in Titium transferuntur. Neque enim pretium vel rationem juris mutat, aut efficit, quominus
1 res sit singularis. Cæterum hoc casu consumpta portione restituta, fideicommissario subveniendum esse, hæredemque pro eo, quod ultra quartam habet, legatariis respondere debere, tradunt Cantiunc. & Mynf. *hic*. Et multo ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus: quippe quibus in subsidium etiam pro rata ea parte, quam præcepit, teneatur, si hæreditas solvendo non sit, ut vult idem Mynsing. & Gothofr. *in annot. marg. ad Schneid.* quod etiam tamqnam certum atque apud nos quoque receptum tradit D. Grot. 2. *manud. cap.* 20. Etsi autem forte rationi juris veteris hæc non satis conveniunt, & fortassis nec novo, si fideicommissarius inventarium facere neglexerit, quo casu obligatur ultra vires receptæ hæreditatis novo tamen juri consentanea videntur, ubi fideicommissarius inventarium ex præscripto Justiniani fecit, aut hæres à se factum ei cessit. Quorum alterutrum satis ei est ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet Bart. *in l. in ratione* 11. §. *quod vulgo* 5. *ad leg. Falc. num.* 9. & 10. Quamquam Bachovius putat, etiamsi ipse fideicommissarius solvendo non sit, hæredem tamen in subsidium conveniri non posse, cùm aliud remedium creditoribus paratum sit, & præcipuè hoc, ut si putent hæredem non esse solvendo, bonorum separationem petant.

Et secum deliberare debet) Cautius faciet, si jure deliberandi non utatur, sed novo beneficio inventarii, quod à Justiniano datum omnibus, quibus deliberandi potestas est de adeunda aut suscipienda hæreditate, §. *extraneis* 5. *sup. de hær. qual.*

Si duabus pluribusve) L. *ita tamen* 27. §. *si præceptis* 14. *hoc tit.* Quippe non multitudo rerum relictarum, sed modus relinquendi juris differentiam inducit, inspiciturque semper, utrum qua pars in hæreditate seu jure universo hæredi attributa sit, an in rebus singulis hæreditariis. Mynsingerus imperitè rem hæreditariam cum quota hæreditaria confundit.

Sed etsi certa summa) Huc ergo pertinet *l.* 1. §. 17. *eod.* quem locum perperam DD. comm. alio trahunt, nimirum ut probent, etiam retenta quarta parte hæreditatis, actiones legatorum in solidum in fideicommissarium dari: quamquam vera mihi videtur propositio.

Ad eum, qui ex parte) Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes instituisse, singulos ex semisse: alterumque rogasse, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum; partem suam restitueret L. Titio. Titius recepta hæreditate solus pro semisse actiones excipit: cùm, ubi partis dimidiæ hæres rogatus est, ut retenta parte quarta aut quadrante suæ portionis restituat, atque restituit, pro sextante obnoxius maneat.

Textus.

De fideicommisso hæredis ab intestato.

10. *Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat: cùm alioqui legata nisi ex testamento non valeant.*

Notæ.

10. *Intestatus moriturus*) Poterat dubitari, quia legitimi & honorarii hæredes nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex, hos prætor vocat, ejus autem, qui à defuncto nihil accipit, fideicommitti non potest, *l. 9. C. de fideic.* Sed huic dubitationi occurrit Paul. *l. 8. §. 1. de jur. eod.* Ulp. *l. 1. §. 6. de leg.* 3. Nimirum etiam his hæreditatem tacitè à defuncto relinqui, dum eos non excludit alios instituendo; quod pro jure suo facere poterat.

Commentarius.

1 *Ratio cur etiam à legitimis & honorariis hæredibus fideicommissum relinqui possit.*
2 *An fideicommissum à legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeatur?*

Fideicommissum tam hæreditatis, quàm singulare, non solùm testamento, verum etiam codicillis relinqui potest. Quid ei observandum sit, qui testamento relinquere fideicommissum hæreditatis velit, didicimus §. 2.

§. 2. *sup. hoc tit.* nimirum ut directo testamento hæredem instituat, atque ab eo relinquat. Codicillis potest quidem & ab hærede testamentario relinqui, *l.* 3. §. 2. *l.* 8. *in pr. eod.* Ulp. *tit.* 25. §. 9. Cæterum potest & ab eo, qui ab intestato venturus est, sive legitimus sit, sive honorarius successor, *d. l.* 3. *pr. d. l.* 8. §. 1. Unde quamvis de instituto tantum hærede senatus loquatur, *l.* 1. §. 2. *hoc. tit.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem consultum senatus extensum est, *dict. l.* 1. §. 5. & §. 7. *l.* 6. §. 1. *eod.*

Intestatus moriturus) Dubitari potuit, an à successore legitimo aut honorario fideicommissum rectè relinquatur. Sic enim jus est, ut ab eo, qui nihil à defuncto accipit, nihil per fideicommissum relinqui possit, *l.* 9. *C. de fideic.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex 12. tabularum ad hæreditatem vocat, hos prætor ad bonorum possessionem. Verùm hæc dubitatio facile tolli potest. Quamvis enim in casum
1 non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes à lege, honorarii à prætore vocentur; tamen cùm defunctus eos testamento facto excludere potuisset aliis hæredibus institutis, (salva utique portione liberis & parentibus debita) hæreditatem ipsis tacitè relinquere videtur, dum non adimit, quod pro jure suo facere poterat. Atque hoc est, quod Jurisconsultus significat in *l.* 1. §. *sciendum* 6. *de legat.* 3. cùm ait, *fideicommitti eorum posse, ad quos aliquod perventurum est, vel dum ipsis datur, vel dum non adimitur*: in quam sententiam eleganter Paulus *l.* 8. §. 1. *de jur. cod. Ideo*, inquit, *fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfam. sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem posse fideicommittere hæredi ab intestato, nisi qui testamentum facere posset, *l.* 3. *in pr. de jur. eod.* Ulp. *d. tit.* §. 3. Estque hoc juris explorati, eos, qui testamentum facere non possunt, nec codicillos
2 posse, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. eod.* De illo quæsitum est, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit fideicommissum reliquerit, si illo repudiante, ad sequentem gradum devoluta sit successio, an fideicommissum debeatur. Negat Ulp. *d. l.* 1. §. *pen. de legat.* 3. quod tamen idem affirmare videtur *l. si Titio.* 61. §. 1. *de legat.* 2. & Julian. *l.* 3. *de jure cod.* Doctores vulgo cum Accurs. & Bart. *ad dd. ll.* interesse respondent, utrum simpliciter hæredes ab intestato venientes gravari sint, an aliquis nominatim: illo casu fideicommissum à quolibet succedente deberi, hoc casu non deberi, nisi à cohærede gravati portionem suam repudiantis; quoniam is in portione accrescente similis est substituto, *argum. d. l.* 3. *de jur. eod.* junct. *l. pater meus* 29. §. 1. *de legat.* 2. add. Bart. *in l. cum pater* 77. §. *cum existimaret.* 29. *de legat. eod.* quæ distinctio rationem habet. Ant. Faber, *conj.* 15. contendit, vitiosam esse lectionem, *d.* §. *pen. l.* 1. *de legat.* 3. legendumque dempta negatione, *fideicommissum debere.* Mihi tam periculosa confidentia non placet.

Legata nisi ex testamento) Legatum olim non nisi testamentum aut codicillis testamento confirmatis dari potuit: credo quia civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur. Ulp. *tit.* 24. *fac. l. si ita.* 38. *de cond. & dem.* quibus tantùm in testamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio testamento relicta, *l.* 36. *de legat.* 2. Scilicet inconveniens visum est, pro imperio aliquid mandare ei, quem non defunctus, sed lex hæredem facit. Probabile tamen est, legata codicillis ab intestato data, interpretatione plerumque adjuta: atque ut vim fideicommissi haberent, benignè recepta fuisse, *arg. l. Scævola.* 76. *hoc tit.* Hodie autem postquam constitutione Justiniani confusa est legatorum & fideicommissorum natura, *l.* 2. *C. comm. de legat.* hanc etiam differentiam sublatam esse renebimus & legata quoque ab intestato relicta directo valere, contra Jo. Fabrum, Angel. & Giphan.

TEXTUS.

De fideicommisso relicto à fideicommissario.

11. *Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.*

COMMENTARIUS.

Non modo hæres de restituenda hæreditate aut parte ejus rogari potest, verùm etiam fideicommissarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod accepit, rursus alii restituat: atque in hac etiam restitutione placeat actiones ex Senatusconsulto transferri in fideicommissarium, secundum *l.* 1. §. *de illo.* 81. *hoc tit.* posse & cogi primum fideicommissarium, qui totam hæreditatem, cùm suspecta diceretur, recepit, totam restituere, *l. si patroni* 55. §. 2. *eod.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id est, jus quartæ re-

retinendæ habet, *l. lex Falcidia* 47. §. 1. *ad leg. Falcid.* Etenim cùm semel adita est hæreditas, omnia defuncti voluntas rata constituitur, *d. l.* 55. §. 2. Proinde cæteri, quatenus ceperunt, & rogati sunt restituere, fideicommisso obstringuntur, *l. Lucius.* 78. §. *hæres.* 11. *hoc tit.* similiter, ut legatarii, à quibus fideicommissum relictum, *l. pœnales* 32. §. *si Titio.* 4. *ad leg. Falcid.* Planè si hæres, ut priori fideicommissario donaret; jure suo usus non sit, posse quartam secundo fideicommissario detrahi, responsum est, *l.* 1. §. *inde Neratius.* 19. *hoc tit.*

Textus.

De probatione fideicommissi.

12. *Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen, quàm substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eumdem Principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentissimus, Quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem, vel speciale fideicommissum restituat; & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari; sed vel pauciores, vel nemo penitus testis intervenerit, tunc sive pater hæredis, sive alius quicumque sit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit; si hæres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit; necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis vel specialis solutionem coarctari; ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa. Eadem observari censuimus, etsi à legatario, vel fideicommissario, aliquid similiter relictum sit. Quod si is, à quo relictum dicitur, (postquam negaverit) confiteatur quidem, aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.*

Commentarius.

1 *Quando dispositioni h. §. locus.*
2 *Non mutari constituta l. ult. §. ult. C. de codic. nec l. 23. C. de fideic.*
3 *Hæredem in specie proposita non posse jusjurandum referre.*
4 *Glossema in fine textus observatum.*

Audivimus supra, fideicommissorum originem, nomen & substantiam à fide hæredum manasse. Hinc Justinianus argumentum sumit mirifici in fideicommissa favoris, ut quemadmodum ex sola fide hæredum, ab initio pendebant, ita & sola religione hæredum, quorum præsentium fidei aliquid commissum est, nunc consistant, nec ordinariam probationem desiderent. Constitutum hoc à Justiniano *l. ult. C. de fideic.*

Neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero) Quando testator, contempta omni alia probatione scripturæ vel testium, fidei solius hæredis committit, ut aliquid præstet, 1
placet Justiniano, fideicommissum ab hærede præstandum, idque sive neget hæres, fideicommissum à se relictum, & jusjurandum super ea re sibi delatum subire recuset, sive ultro fateatur, esse à se relictum, sed dicat, se non teneri, quia non solemniter relictum sit, *d. l. ult.* Prius verbis constitutionis expressum est; alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recusans fideicommissum solvere cogitur? Non aliam utique ob causam, quam quod recusatio juris jurandi tacitam confessionem habet, *l. manifestæ* 38. *de jurejur.* ut proinde multo magis fideicommisso eum obstringi oporteat confessione aperta.. Quia autem & prior casus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum, ac contrarium ei, quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo placitum est, continetur; ideo constitutionem suam adversus tacitas objectiones munivit. Si quis enim forte objiciat, iniquum 2
esse, ab hærede fideicommissum exigi citra ullam probationem, respondet, illud hac in re iniquum non esse, ubi hæres jurejurando sibi delato in sua causa constituitur testis & judex, ut sit in ejus potestate, non teneri, jurando se nescire quicquam relictum esse. Si quis dicat, in omni suprema voluntate ad nimirum requiri quinque testes, *l. ult.* §. *ult. C. de codic.* respondet, id justum esse, cùm res per testes probanda est, ne quid falsitatis admittatur, cujus nihil in specie proposita metui potest: quoniam testimonium ab ipso hærede, eodemque debitore, exigitur. Quod ergo traditum est in *l. si veritas* 23. *C. de fideic. cum similib.* ex imperfecta scriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet; & nisi de fide scripturæ, quam testator servari voluit, justo numero testium constet, fideicommissum exigi non poterit. Consule Mantic. *de conject. ult. volunt. lib.* 2. *tit.* 15. *num.* 5. Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Justinianus, in calce constitutionis exponit.

Qui in fideicommissis legitimus) Hoc à Theodosio primum constitutum est, *d. l. ult.* §. *ult.*

C. de codic. Antea enim cùm numerus testium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos sufficisse arbitror, *arg. l. ubi numerus 12. de testib.* de quo plenius sub §. *ult. inf. de codic.* Manet autem nunc etiam jus constitutum *d. l. ult.* §. *ult. C. de codic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod *hic, & d. l. ult. C. de fideic.* Justiniauus sancit, tunc solùm obtinet, cùm defunctus rem, quam præstari voluit, fidei hæredis præsentis commisit extra testamentum aut codicillos.

Cùm prius ipse de calumnia juraverit) Id est, se non calumniandi seu vexandi, hæredemque religione urendi animo jusjurandum deferre; sed quia ita se rem habere sibi planè persuasum sit; quod jusjurandum, licer alias in usu esse desierit; tamen in omni judicialis jurisjurandi delarione, si exigatur, est præstandum, juxta *l. jusjurandum* 34. §. 4. *de jurejur.* Damhoud. *prax. civil. c.* 151. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 8.

Vel jusjurandum subire) Conditione jurisjurandi in judicio delara, regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut solvere, *l. 9. C. de reb. cred.* Manifestæ enim confessionis esse creditur, nolle jurare, aut jusjurandum refer-
3 re, *l. manifestæ* 38. *de jurejur.* At in proposito ne referre quidem hæres potest: quippe cùm hìc agatur non de eo, quod uterque scire potest, sed quod solus hæres, & cujus actor ignarus est: quo casu relationi non est locus, *l. Marcellus* 11. *& seqq. rer. amot. d. l. jusjurandum* 34. *in pr. de jurejur.* & ita rectè Mynsing. Schneid. Wesemb. *hic*, mirumque est, veteres interpretes in re tam manifesta variare.

Postquam negaverit) Hæc verba neque in ip- 4
sa constitutione Justiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Ruffardo, Hotomanno, Contio, Fabroto, desunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit: & Jo. Faber quoque refert, se Bononiæ aliquot codices vidisse, à quibus aberrant. Quare suspicari licet, glossema esse. Si verò retineantur, non ita accipienda sunt, quasi non alia conditione hæres in specie proposita fideicommisso obligetur, quàm si prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuset: sed ideo posita, quia hic casus solùm verbis expressus fuit. Cæterum simpliciter, quisquis confitebitur, de fideicommisso obligabitur: neque enim pœnæ causa hic quidquam constitutum, ut hæredis inficiatio coerceatur, in quo fallunt DD. comm. Bart. Salic. Castr. Sichard. *ad d. l. ult.* Mynsing. Schneid. *hic*, sed totum voluntatis testatoris servandæ causa, ut disertè scriptum est in extremo *d. l. ult.* & tenent Jo. Fab. & Jas. *in d. l. ult.* quos etiam ex facto consultus, non attenta communi opinione, in respondendo secutus est quondam Curiæ nostræ Coryphæus, Reinerus ab Amsterdam. Atque hæc sententia probatur etiam à Wesemb. *hic.* Donello in *d. l. ult.* nec alienus Mantica *d. lib. 2. tit. 13. n. 5.*

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Continuatio, & argumentum tituli.

HActenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur: quæ à legatis multum differunt: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinquuntur res singulæ, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommissorum, de qua agitur §. 3. *sup. de legat. & l. 2. C. comm. de legat.* ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *dict.* §. 3. *& pr. tit. præced.* Docet hic Imperator, à quibus fideicommissa singularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui possint: postremo in genere, quibus maximè verbis fideicommissa relinqui solent.

TEXTUS.

Summa.

Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam; & vel ipsum hæredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis à legatario legari non possit.

NOTÆ.

Vel legatarium) Interdum & in contractibus fideicommissum constituitur, exempl. in *l. 26. pr. de pos. l. 77. de leg. 1.*

A legatario legari non possit) Hoc etiam ad jus

jus vetus referendum. Ulp. *tit.* 24. §. 19. Cajus *lib.* 2. *tit.* 7. Nam hodie hæc quoque differentia sublata, utique quod à legatario legatum est, valebit nunc jure fideicommissi, *arg. l.* 2. *C. comm. de legat.*

Commentarius.

1 *Cur olim à legatario legari non potuerit, & an hodie possit?*

Fundum, argentum, hominem, vestem) Hæc nomina generalia quidem sunt, verùm specificè hic sumuntur, intelligitur enim certa species ex eo genere relicta, *l. legato* 37. *de legat.* 1. Cæterum & si qui fundus suos omnes, omne argentum, vestem omnem, omnes servos per fideicommissum reliquerit, nihilominus tale fideicommissum speciale est, & simile legato.

Vel legatarium) Singulæ res per fideicommissum non solùm ab hærede relinqui possunt, verùm etiam à legatario. Possunt & ab hærede hæredis vel legatarii, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Idem juris est de fideicommissario etiam rei singularis, §. 1. *hoc tit. l. ab eo* 9. *C. de fideicommissis*, & donatario mortis causa, *l. cum pater* 77. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 8. §. 2. *de transact.*

A legatario legari non possit) A legatario legari non posse, quamvis fideicommissa ab eo
1 rectè dentur, discimus etiam ex Ulp. *tit.* 24. §. *à legatario* 19. & Cajo *lib.* 2. *tit.* 7. §. 3. Cujus differentiæ hæc ratio esse videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus ut in eum solùm liceat, quem universi juris successorem esse volumus, & locum nostrum subire. Differit autem ita Justinianus, quasi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eo quod hæc differentia naturalis sit, quoniam nulla legandi à legatario formula dari potest. Ego verò à communi & recepta interpretum sententia non recedo, qui censent, etiam hanc differentiam una cum cæteris hodie sublatam esse, legataque non minus quàm fideicommissa à legatario relinqui posse, *per l.* 2. *C. comm. de legat.* Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cùm à legatario legatur, locum esse: sed quod Giphanius ait nullum dari posse, id nego. Per præceptionem hæredi à cohæredibus dumtaxat legari constat. Non video etiam, quomodo per vindicationem possit à legatario legari. Etenim si testator, postquam legavit, *Titio fundum Tusculanum do lego*, mox eumdem fundum Sejo leget hac formula, *Sejo eumdem fundum Tusculanum do lego*, aut sic, *Sejus fundum Tusculanum sibi habeto*; aut conjunctio erit, aut ademptio. At damnationis formulæ hic usus esse potest, *Titius damnas esto partem dimidiam fundi, quem ei legavi, dare Sejo*; *Titium legatarium meum centum Sejo dare jubeo.* Nam & olim magna erat legatis per damnationem cum fideicommissis affinitas, & nonnulla verba communia utriusque generis ut jubeo, volo, impero, damno, vid. *inf.* §. *ult.* Quin etiam sinendi modo à legatario rectè legari, defendi potest, veluti si testator dicat, *L. Titius legatarius meus damnas esto sinere C. Sejum sibi habere partem fundi, quem ipsi legavi.* Non obstet, quod Justinianus simpliciter scribit, à legatario legari non posse, nam præcedenti quoque titulo §. *praterea* 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicommissa, ex constitutione sua emendationem recipere voluit: quamvis separatim ita tractet, quasi differentiæ adhuc manerent, id quod se facturum antea testatus est §. 3. *sup. de legat.* quo permixtio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior. Vinn. Quin hodie legata etiam à legatario relinqui possint, dubitandum non videtur. Vix tamen arbitror ex principiis juris veteris locum fuisse legato damnationis. *Damnas esto* formula est legislatoria. Testator autem erat quasi legislator non ratione legatarii, quem non damnare sed locupletare debebat, sed ratione hæredis, tanquam successoris singularis. Ergo hujus juris ratio reddenda non est ex natura formularum. Nam revera formula nulla legato à legatariis relicto quadrabat, sed ex generali illo principio, quod hodie legata & fideicommissa ejusdem naturæ esse censeantur. Hein.

Textus.

Quæ relinqui possunt.

1. *Potest autem non solùm proprias res testator per fideicommissum relinquere; sed & hæredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommissarius non solùm de ea re rogari potest, aut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit; sed etiam de alia, sive ipsius; sive aliena sit. Hoc solùm observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quàm ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est, ei qui rogatus,*

tus, aut ipsam rem redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere.

COMMENTARIUS.

1 *Jam olim communia fideicommissis cum legatis.*
2 *Declaratio regulæ, Neminem posse rogari, ut plus restituat, quàm ipse cepit.*

1 MUlta etiam jam olim fideicommissis communia cum legatis fuere; quale est hoc, quod hic traditur de re, quæ testatoris propria non sit, per fideicommissum relicta. Res, quæ, cùm in commercio sit, testatoris propria non est, eam necesse est vel hæredis esse, vel legatarii, aut fideicommissarii, vel tertii alicujus, quæ sola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut notavimus §.4.*sup. de legat.* Quemadmodum igitur non solùm res testatoris legari potest, sed etiam hæredis, *d.* §.4.ita sciamus, non solùm rem testatoris, sed etiam hæredis per fideicommissum relinqui posse; & quod responsum est, valere hujusmodi legatum, etiamsi testator existimaverit rem suam esse, *l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legatr* 2. id ad hujus generis fideicommissum quoque pertinere. Contra, quemadmodum res, quæ legatarii est, ei inutiliter legatur, §. *sed si rem.* 10. *sup. de legat.* ita & fideicommissario rem. quæ ipsius sit, inutiliter relinqui. De re legatarii aut fideicommissarii alteri legata quæ olim non potuit, quia ab his legata non licebat, sed tantùm fideicommissum dari. Nunc verò etiam in legatis huic quæstioni locus est. Sed hoc præterit Justinianus; quippe cui hic sermo est de fideicommissis, non considerata legatornm cum his exæquatione. Ait, per fideicommissum relinqui posse etiam rem legatarii, aut fideicommissarii, à quo scilicet relinquitur, non cui relinquitur. Sed quid si in proposito defunctus putaverit rem suam se relinquere? Dicemus, nihilominus valere fideicommissum eadem ratione, qua, si res hæredis esset, valeret, *argum. d. l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. *d.*§. 4. *supr. de legat. cum ibi notat.* Porro illud quoque commune est, quod hic ait Justinianus, etiam rem cujuslibet alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommissum relinqui posse: nam legari posse docuit *d.*§.4. Denique illud etiam, quod eodem loco & plenius a nobis in commentariis relatum est, legatum rei alienæ non semper deberi, sed interesse, utrum testator sciverit, an ignoraverit, esse alienam, atque illo demum casu, non hoc, valere legatum, nisi conjectura voluntatis aliud suadeat, sciendum est, ad fideicommissum quoqne rei alienæ pertinere, *l.* 10. *C. de legat.*

Etiam de alia, sive ipsius) Legatarii scil. qui rogatur, aut fideicommissarii primi: nam per fideicommissum non modo reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi. Ipsi verò fideicommissario rem suam inutiliter relinqui existimo, *arg.* §. *sed si rem.* 10. *sup. de legat.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommissorum, quicquid contra disputet Bachovius.

Ne plus rogetur quisquam restituere) Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam legem, quam velint, suis rebus dare; tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil oneret, aut oneret quemquam supra id, quod ei reliquit, & disponat de alieno, *l.* 1. §. *si is qui* 37. *ad sen. Treb.l.* 1. §. *sciendum* 6. *de legat.* 3. *l. filiusf.* 114. §. 3. *de legat.* 1. *l.* 9. *C. de fidei.* Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones; quæ tamen non tam exceptiones sunt, quàm declarationes regulæ. Cujusmodi est, quod, si alicui centum legata sint, & is duplum post tempus restituere rogatus sit: placet, valere fideicommissum etiam ultra summam legatam, quatenus intermedio tempore usuræ perceptæ eum excedunt, *l. imperator* 70. § 1. *de legat.* 2. Tale item est illud, quod, qui acceptis centum rogatus sit rem propriam, quamvis majoris pretii, restituere, is, agnito legato, fideicommisso obstringitur: quoniam agnoscendo legatum non majoris rem suam æstimasse videtur, *d. l. imperator* 70. §. 1. *in fin.* Item hoc quod traditum est, si cui fundus legatus sit, atque is eum fundum restituere sit rogatus, & centum dare, valere fideicommissum, si legatarius interim centum ex fructibus perceperit, *d. l. filiusfam.* 114. §. 3. *de legat.* 1. Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretiosior est, restitui jussa, fideicommissum debeatur, licet legatarius viliorem elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuisset, *l. planè* 24. §. 2. *de legat.* 1. 2

Redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere) Re aliena per fideicommissum relicta, is, qui rogatus est, vel redimere eam debet & præstare, vel si dominus eam non vendat, æstimationem ejus inferre, perinde ac juris est in rei alienæ legato: *l. non dubium* 14. §. 2. *l. qui quatuor* 30. §. *ult. de legat.* 3. quod latius explicatum *sup.* §. 4. *de legat.*

TEX-

TEXTUS.

De libertate.

2. *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius: nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius hæredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, (si modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, perceperit,) non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quod possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quàm qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cùm non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.*

COMMENTARIUS.

1 *Liberti orcini, & numquid juris in eos familiæ?*
2 *Differentiam libertatis directæ & per fideicommissum datæ non tolli*, l. 2. comm. de legat.
3 L. 58. de man. test. *cum aliis locis conciliata.*

ETiam libertates per fideicommissum dari possunt, & quidem largius, quàm directo, cùm non tantùm propriis servis, sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit, modo vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas testatoris exprimatur, teste Licinio *in l. libertates 16. de fideic. libert.* Quod ait, non tantùm propriis, sed etiam alienis, ex eo intelligitur, directo servis alienis libertatem dari non posse; quod etiam expressè rescriptum est in *l. 9. C. de testam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in casu libertatis servo alieno directo datæ favore libertatis defendi ei posse fideicommissariam, *arg. l. generaliter 25. §. si quis 10. l. de fideic. libert. l. 10. §. ult. de testam. tut.* Sed obstant memorati textus, & maximè *l. 9. C. de testam. man.* quo loco rescribitur, nec hæredis servo directo libertatem dari posse. Quod si directo data saltem in vim fideicommissæ valeret, id utique Imperatores consulti non dissimulassent, & in *l. si servus 108. §. si servus 9. de legat. 1.* tale legatum dicitur esse nullius momenti. VINN. Nec obscura est ratio. Nam si hæres directo damnatus esset servum alienum manumittere, istud legatum frustraneum fuisset, si dominus eum liberum fieri nollet, adeo ut nec æstimatio legatario præstari potuisset. Non poterat autem res aliena aliter legari, quàm ut, domino eam vendere nolente, legatario æstimatio præstaretur. §. 4. *Instit. de legat.* Fideicommissorum autem quum esset benignior interpretatio, judicarunt veteres, illis & servo alieno libertatem relinqui posse, eatenus ut expectetur emendi opportunitas. Et hinc etiam reddi poterit ratio, cur in *l. 30. ff. de manum. testam.* servo proprio, qui apud hostem est, servitus directo relinqui potest, quia quamvis hujusmodi servus in præsens non sit testatoris, tamen vel æstimatio præstari potest, id est, λύτρον vel, si id repudietur, spes superest servum postliminii jure in potestatem hæredis rediturum. HEIN.

Vel legatarius vel fideicommissarius) Qui, si testatoris servus est, ab hærede eum rediment & manumittent: si modo quod à defuncto iis relictum est, agnoverint.

Aut legatarii) Quo casu legatarius accepto legato cogetur servum manumittere, etiamsi fortasse minus sit in eo, quod accepit, quàm in pretio servi, *d. l. generaliter. 24. §. si quis 12. de fideic. libert.* quia non pluris servum suum æstimasse videtur, *l. sed si 36. ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei) *L. 6. C. de fideic. libert.* Cæterum legatarius alienum servum manumittere rogatus, non alias erit cogendus, quàm si tanti possit redimere, quanti est id, quod ex judicio defuncti consecutus est, *d. l. generaliter, §. si quis.*

Non statim extinguitur libertas) Si dominus servum suum, cui libertas per fideicommissum relicta est, vendere nolit, non ideo protinus fideicommissum extinguitur: sed spectanda est emendi opportunitas, *d. l. 6. C. de fideicomm. libert.* equidem æstimatio hîc præstari non potest, ut in casu *§. præc. in fin.*

Ejus, qui manumittit) Cui per fideicommissum libertas relinquitur, is ejus libertus efficitur, à quo manumissus est, *l. 7. C. de fideic. libert.* Cæterum hîc manumissor jus patronatus in eo tantùm acquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona ejus venire possit: at non ut etiam operas ei possit imponere, aut impo-

positas ab eo petere, *l. qui ex causa 29. de bon. libert.*

Ipsius testatoris) Directa libertas ipso jure statim ab adita hæreditate competit, *l.* 10. *C. de test. man. l. testamento* 23. *& l.* 25. *D. de man. test. l. quæro.* 32. §. *ult. de test. tut.* Itaque is, qui directo testamento liber esse jubetur, testatoris libertus fit, ut hic ait Justinianus: quam
1 ob causam libertus *Orcinus* appellatur, quasi *Orci libertus*, ante ejus, *qui ad Orcum demissus est*: *Acheronticus* à Cujacio, Χαρωνιτὰς à Theophilo vocatur eadem forma, qua *Orcini senatores*, quorum in *Augusto cap.* 35. meminit Suetonius, à Plutarcho in *M. Antonio.* Χαρωνῖται dicuntur. Orciniorum crebra in libris nostris mentio est, *l.* 3. §. *de legit. tut. l.* 8. *de hær. inst. l. dominus* 22. *de pecul. leg. l.* 1. *alias* 2. §. *per contrarium.* 10. *de dot. præl.* 2. *de statu lib. l.* 4. §. *hi qui.* 12. *de fideic. lib. l.* 10. *C. de testam. man. l.* 8. *C. de jur. & fact. ign.* Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante hærede vel legatario rogato mannumittere, ad libertatem perducuntur, quippe ob necem domini detectam præmium libertatis consequuntur, *l. cum quasi.* 30. §. *quærendum.* 12. *l. si is* 49. *de fideic. libert. l.* 5. *qui sine man.* Igitur Orcini cùm eum patronum habeant, qui esse desiit, non malè dicuntur liberti nullius esse, *l.* 4. *in pr. de bon. libert.* Legimus tamen, Orcinos ad familiam testatoris pertinere, *l.* 3. §. 3. *de legat. tut.* libertos familiæ fieri, *l. si socius* 43. *de manum. test.* liberos, & cognatos jus patronatus in Orcino habere, *l. un.* §. *sed etsi.* 7. *C. de latin. lib. toll.* Qua de causa suspicari licet, quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura,
2 ut in liberto habuisse. Porro hæc differentia etiam post constitutionem Justiniani, quæ directo & per fideicommissum data exæquata sunt, *l.* 2. *C. comm. de legat.* retinenda est: quippe quam voluntas testatoris facit, & quæ tolli sine injuria ejus, qui à testatore rogatus est manumittere, non potest; cui alioqui eriperetur jus patronatus, quod defunctus eum habere voluit: in quo consentiunt omnes interpretes paucis recentiorum exceptis.

Quo faceret testamentum & quo moreretur) Hoc item traditur in *l. Servius.* 35. *de man. test.* Neque obscuram rationem habet. Nam cùm alieno servo inutiliter libertas directo ab initio detur, ex postfacto ea datio convalescere non potest propter regulam Catonianam; & quamvis servo proprio data sit, si tamen is servus tempore mortis in aliena potestate est,
3 vindicare libertatem nequit. Proinde quod apud Marcianum *l. verum* 58. *de man. test.* legimus, eum, qui liber esse jussus est, alienatum à testatore, si ante aditam ejus hæreditatem rursus hæreditarius factus sit, hæreditate adita ad libertatem pervenire, sic omnino accipiendum est, si superstite testatore in potestatem redierit: nam jacente hæreditate, qui mortis tempore testatoris non fuit, hæreditarius fieri nequit. Planè, si servis testatoris, qui apud hostes sunt, libertas directo data sit, placet hos libertatem consequi, quandocumque ab hostibus reversi sint, licet neque testamenti, neque mortis tempore testatoris fuerint, *l. si servi.* 30. *de man. testam.*

Velut ex suo testamento) Α'μέσως protinus ex testamento: cùm testator servum suum se mortuo simpliciter liberum esse jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

TEXTUS.

De verbis fideicommissorum.

3. *Verba autem fideicommissorum hæc maximè in usu habentur*: Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: *quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.*

NOTÆ.

3. *Peto, rogo, &c.*) Hæc verba dicuntur precaria & precativa, opponunturque civilibus, directis & imperativis; vid. Ulp. *tit.* 25. Paul. 4. *sent.* 1. Hodie autem de verbis laborandum non est, postquam Justinian. verbum omne significans legitimum sensum testatoris, legare aut fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *l.* 2. *C. comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

RECensentur hìc à Justiniano verba fideicommissorum maximè usitata, & quæ vulgaria dicuntur in *l. libertate.* 16. *de fideic. lib.* nam increscente progressu temporis favore fideicommissorum longè plura recepta sunt, placuitque, fideicommissum etiam aliis verbis relictum valere: veluti his, *cupio des, opto des, credo te daturum*; *exigo, desidero ut des, volo hæreditatem meam Titii esse, scio, non dubito, te hæreditatem meam restituturum Titio*, *l. etiam* 115. *l. & eo.* 118. *de legat.* 1. *l. unum.* 67. §. *ult. de legat.* 2. *l. Pamphilo.* 39. *de legat.* 3. Paulus 4. *sent.* 1. scribit, his omnibus verbis fidei-

deicommitti posse, *Rogo*, *peto*, *mando*, *deprecor*, *cupio*, *injungo*, *desidero quoque*, & *impero*. Quod Paulus *impero* quoque inter verba fideicommissi numerat, id non videtur convenire differentiæ, quam Ulp. *tit.* 24. & 25. facit inter legata & fideicommissa; legatum definiens, quod imperativè relinquitur, fideicommissum, quod precativè: perinde enim hoc est, ac si diceret, legatum esse, quodcumque verbis imperativis, quæ alias directa & civilia vocantur, relinquitur; fideicommissum, quod verbis precativis sive precariis. Sed sciendum est, verba imperativa sæpe vim habere precariorum, quod ex objecto & voluntate testatoris æstimandum est. Etenim si sic dicat; *L. Titio hæredi meo impero*, *ut servum meum Stichum manumittat*, procul dubio hìc per fideicommissum libertas data intelligitur. Idemque est, si dixerit, *Jubeo*, aut *hæres damnas esto manumittere*. Similiter si imperaverit hæredi, ut hæreditatem aut rem aliquam restituat, valebit hoc jure fideicommissi, tamquam verbo precario relictum. Et cur minus eo verbo relictum valeat, quàm si dicat, *Jubeo*; quod etsi directum est, Ulp. *d. tit.* 24. §. 3. *l.* 2. *C. comm. de legat.* vim tamen precarii habere constat, quoties quid restitui jubetur, *l. Lucius.* 88. §. *quisquis.* 10. *de leg.* 2. *l. Aurelius.* 28. §. *ult. de lib. leg.* aut minus etiam quàm *volo*: quod cùm imperativum sit, tamen in fideicommissis est usitatissimum. Quod si ita dixerit, *Impero tibi hæres*, *ut L. titio centum des*; hoc jam non fideicommissum erit, sed legatum. Nihil enim interest, *impero*, quis dicat, *an hæredem meum dare jubeo*, aut *hæres damnas esto dare*, Ulp. *d. tit.* 24. §. 3. Verba *relinquo* & *commendo* negat Paulus *d. loc.* ullam fideicommissi actionem parere. De verbo *commendo* constat, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. *l.* 12. *C. de fideic. libert.* At ex verbo *relinquo* videtur fuisse petitio fideicommissi *l. Lucius.* 78. §. *filiam.* 8. *ad Sen. Treb.* Sed de eo nunc laborandum non est, postquam Justinianus, omne verbum significans testatoris legitimum sensum, legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *l.* 2. *comm. de leg.* Sæpe enim, quod notandum est, ex conjectura voluntatis fideicommissum inducitur, cùm verba fideicommissi non sunt, aut sunt fideicommissi inutilis, si sola spectantur exempla in *l. ex facto.* 17. *in pr. l. si quis.* 29. *ad Treb. l. cum proponebatur.* 64. *l. peto.* 69. *in pr. de legat.* 2. *l.* 11. §. *si quis ita.* 4. *l. ult.* §. 3. *de legat.* 3. Consulantur Matheac. *epit. legat. lib.* 1. *c.* 3. Chiflet. *lib.* 2. *de jur. fideic.* 18? & 20. Mantic. *lib.* 7. & 8. *de conj. ult. vol.* D. Tulden. *comm. in tit. præc. c.* 3.

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE CODICILLIS.

Dig. Lib. 29. Tit. 7. C. Lib. 6. Tit. 36.

Ratio ordinis. Codicilli unde dicti ? eorum definitio, & divisio. Summa tituli.

Videri alicui poterit disputatio de codicillis non rectè subjecta tractationi de successione ex testamento: quippe cùm si codicilli tantùm facti sint, succedunt ab intestato. Verùm Justiniano, ut apparet, propositum hìc maximè fuit agere de codicillis à testato factis, qui pars sunt testamenti, ejusque jus sequuntur. Sed & codicilli ab intestato facti speciem quamdam testamenti exhibent, *l. ab intestato.* 16. *hoc tit.* Codicilli dicti sunt parvi codices, id est, tabellæ ex codicibus, aut ligno. Itaque quemadmodum testamentum codex appellatur, Juven. *sat.* 10. *Codice sive Hæredes vetat esse suos*, quia testamentum in codicibus tantùm scribebatur, sive tabulis grandioribus; ita voluntas suprema minus solemnis aut plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus, *l. si ita.* 38. *de cond. & dem. hoc tit. l.* 14. *C. de testam.* propterea quod scribi solita erat in codicillis, id est, tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis, ut facile, quo cuique commodum esset, circumferri atque in sinu gestari possent. Est igitur codicillus ὑποκοριστικὸν à codice: quamquam obtinuit, ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, *l.* 13. *C. de sacrosanct. Eccles. l. ult. C. de bon. libert. l. ult.* §. *ult. C. de codic.* quemadmodum hæredi nuncupato dari dicitur bonorum possessio secundum tabulas, licet tabulæ nullæ sint, *l.* 2. *C. de bon. poss. sec. tab.* Codicilli igitur sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis: eorumque, ut & testamenti, duo sunt genera; scripti, in quibus voluntas scri-

bitur; & non ſcripti, in quibus nuncupatur. Primum hìc commemorat Juſtinianus, à quibus, & quam ob cauſam uſus codicillorum introductus comprobatuſque ſit: deinde modum ordinationis, & quæ res codicillis relinqui poſſint, oſtendit. VINN. Non opus eſt ambagibus circa vocis *Codicillus*, originem. Codicilli veteribus ſunt Epiſtolæ, vel ſcripturæ ad alios miſſæ. Vid. Cic. *ad Fam. IV.* 12. VI. 18. *ad Attic. lib.* 12. *Ep.* 8. *ad Quint. Fratr. lib.* 11. *Epiſt.* 10. Imprimis ita vocatæ litteræ ad præſentes miſſæ. Sen. *Epiſt.* 55. Quia ergo codicilli plerumque perſcribebantur in forma epiſtolæ, *l.* 56. *ff. de fideic. libert. l.* 37. §. 2. *l.* 32. §. 3. *ff. de legat.* 3. *l.* 30. §. 1. *ff. de adim. vel transf. leg.* Briſſon. *de Formul. lib.* 8. *p.* 686. hinc & nomen retinuerunt. HEIN.

TEXTUS.

Origo.

Ante Augusti tempora conſtat, codicillorum jus in uſu non fuiſſe: ſed primus Lucius Lentulus, ex cujus perſona etiam fideicommiſſa eſſe cœperunt, codicillos introduxit. Nam cùm decederet in Africa, ſcripſit codicillos teſtamento confirmatos, quibus ab Auguſto petiit per fideicommiſſum, ut faceret aliquid. Et cùm D. Auguſtus voluntatem ejus impleſſet; deinceps reliqui ejus auctoritatem ſequuti, fideicommiſſa præſtabant: & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, ſolvit. Dicitur autem Auguſtus convocaſſe ſapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæſiſſe, an poſſet recipi hoc, ne abſonans à juris ratione codicillorum uſus eſſet: & Trebatium ſuaſiſſe Auguſto, quod diceret, utiliſſimum & neceſſarium hoc civibus eſſe, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuiſſent; ubi, ſi quis teſtamentum facere non poſſet, tamen codicillos poſſet. Poſt quæ tempora, cùm & Labeo codicillos feciſſet, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

NOTÆ.

Codicillorum jus) Codicilli ſunt ſupremæ voluntatis teſtatio minus ſolemnis, non in hoc comparata, ut teſtamentum ſit, *l.* 1. *l.* 13. §. 1. *h. t.* Et poſſunt quoque confici ab inteſtato, §. *ſeq.* Imperfecta igitur eſt definitio Græcorum Theoh. *h.t.* Harm. *lib.* 5. *tit.* 7. §. 3. in Baſil. *lib.* 30. *tit.* 1. ἐλλιπὴς ἡ διαθήκη γνώμης ἀναπληρωσις, aut διόρθωσις τῆς διαθήκης, *teſtamenti ſuppletio aut correctio.*

Jure optimo admitterentur) Eorumque recepta duo genera, ſcripti, in quibus voluntas ſcribitur, & non ſcripti, in quibus nuncupatur, *l.* 13. *C. de SS. Eccleſ. l. ult.* §. *ult. C. hoc tit.* quamquam obſtat nominis ratio, vid. Hotom. & noſtra *in comm.*

COMMENTARIUS.

Lentulus, ex cujus perſona etiam fideic.) Quod ait, à perſona Lentuli & fideicommiſſorum & codicillorum uſum cœpiſſe, non ſic accipiendum eſt, quaſi primus hic Lentulus fidei hæredis aliquid commiſerit, aut primus fecerit codicillos: ſed quod ille primus occaſionem præbuerit, ut fideicommiſſa, quæ antea nullo juris vinculo continebantur, rata eſſe cœperint, iiſque hæredes obligari; tum ut etiam codicilli, quibus antea nihil efficaciter dari poterat, recepti ſint, & fideicommiſſa quoque codicillis relicta peti potuerint. Quis ille Lentulus fuerit, non conſtat, & parum refert. VINN. Immo conſtat, intelligi hic L. Lentulum, quem cum M. Valerio Meſſala conſulem fuiſſe anno U. C. DCCLI. ex marmore apud Reineſium *Inſcript. Claſſ.* 10. 3. *p.* 597. diſcimus. Ei Pighius falſo tribuit Coſſi prænomen, quod ex marmoris iſtius fragmento Reineſius reſtituit. HEIN.

Teſtamento confirmatos) Teſtamento ſcilicet, quod antea Romæ aut Italia fecerat, cùm in eo ſcripſiſſet, ſed ab hæredibus ſuis petere, ut ſi quid poſtea codicillis relicturus eſſet, id bona fide præſtarent. Exemplum teſtamenti, quo futuri codicilli confirmantur, habemus apud Marcellum *l. ult. de fideic. libert.*

Quibus ab Auguſto petiit) Indicio hoc eſt, Auguſtum teſtamento Lentuli hæredem inſtitutum fuiſſe ſaltem ex aliqua parte: & frequens erat illis temporibus, ut viri primarii Principem ex portione aliqua hæredem ſcriberent.

Deincepes reliqui) An reliqui teſtamento Lentuli Auguſto cohæredes dati, ut vult Weſembec. Theophilus ſecutus? An potius alii aliorum codicillis rogati, ut fere amant ſubditi exemplum Principis ſequi? quod magis placet.

Et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat) Non quia relicta incapacibus τοῖς μὴ δυναμένοις λαμβάνειν, ſed quia relicta codicillis, qui tunc temporis adhuc firmitudinem nullam juris habebant. Non eſt igitur hæc ratio, quod legata codicillis dari non poterant, in quo fallitur Weſembecius; ſed quod nihil eorum, quæ codicillis, licet teſtamento confirmatis, ſcripta erant, valeret. Et præcedentia arguunt, *legata* hìc poſitum pro *fideicommiſſa*. Planè poſtea

tea receptum fuit, ut etiam legata codicillis testamento confirmatis dare liceret, *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 8. §. ult. eod.* Apparet autem ex hoc loco, filiam quoque Lentuli ex parte hæredem à parte scriptam fuisse, cùm tamen eo tempore vigeret adhuc lex Voconia; quod argumento est, filias partem aliquam hæreditatis paternæ per legem capere potuisse, atque ex ea parte etiam directo hæredes institui; qua de re scripsimus fusius supra ad *§. 1. de fideic. hær.* Nulla igitur causa est, cur cum Hotomanno pro *filia* restituamus *filiæ*.

Convocasse sapientes viros) Augustus, ut erat Princeps prudentissimus, non temere aut inconsulto irrepentem in Rempubl. novum codicillorum usum confirmandum sibi putavit; sed prius explorare voluit judicium & sententiam virorum sapientum, censerentne illi, posse hunc usum recipi salva ratione juris constituti, tum an in eo tam evidens & justa civium utilitas versaretur, aut auctores sibi essent ejus mortis comprobandi; exemplo suo docens, nihil novi juris sine consilio prudentum ac manifesta civium utilitate constituendum esse, juxta illud quod præclarè ab Ulpiano dictum est, *in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet*, *l. 2. de const. princ.*

Ubi si quis testamentum facere non posset) Propter civium Romanorum, qui ad testimonium necessarii erant, penuriam. De facto enim loquitur non de jure, uti Jurisconsultus in *l. 8. §. 2. hoc tit.* nam testamenti factio loco alligata non est, DD. comm. *in l. 1. C. de SS. Eccles.* Cæterum & illud palam est, eum qui testamentum facere non potest, nec codicillos posse, *l. divi. 6. §. 3. d. l. 8. §. 2. hoc tit.*

Cum & Labeo) Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & à Trebatio institutus est, auctore Pomponio in *l. 2. §. post hunc. 47. de orig. jur.* VINN. Conferendi hic omnino Taci. *lib. 3. Annal. cap. 75.* & Gell. *lib. 13. cap. 12.* Nos quoque de diverso Antistii Labeonis & Ateii Capitonis ingenio & prudenti Augusti consilio Labeonem sibi conciliandi nonnulla monuimus in *Antiqu. Rom. lib. 1. tit. 2. §. 39. p. 68.* HEIN.

TEXTUS.

Efficiens.

1. *Non tantùm autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cùm ante testamentum factum codicill' facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quàm si speciali voluntate postea confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.*

NOTÆ.

1. *Sed & intestatus*) Codicilli ab intestato facti vicem testamenti exhibent, suisque ipsi viribus nituntur. Proinde quicumque intestati successor erit, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *l. 3. l. 8. pr. & §. 1. l. 16. eod.* nisi voluntas in hoc parata sit, ut testamentum esset, *l. 1. l. 13. §. 1. eod. l. 14. C. de test.* non adjecta scil. clausula codicillari, *l. propen. qui test. fac. l. 41. §. 3. de vulg. & pup. l. ult. §. 1. C. h. t.* Testamento autem facto codicilli vires ex testamento capiunt, & jus ejus sequuntur, *l. 3. §. ult. d. l. 16. eod. l. 1. C. eod.*

Papinianus ait) *L. 5. eod.* & hæc Papiniani sententia receptissima erat Plinii temporibus, ut constat ex *lib. 2. epist. 16.*

COMMENTARIUS.

1 *Voluntatem in hoc paratam, ut testamentum sit, ne jure quidem codicillorum valere, nisi adjecta sit clausula codicillaris.*
2 *Testamento facto, codicillos quoscumque & quocumque tempore factos jus testamenti sequi.*
3 *Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos; cæterum hodie sublata.*
4 *Quatenus ex his, quæ testamento cauta, mutare quid liceat?*
5 *Sententia extremorum verborum hujus §.*

CODICILLI & ab intestato confici possunt & facto testamento. Ab intestato facti suis ipsi viribus nituntur, & vicem testamenti exhibent. Proinde quicumque intestati successor erit, sive legitimus sive honorarius, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *l. 3. l. 8. in pr. & §. 1. l. ab intestato 16. hoc tit.* Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituta sit, ut testamentum esset; quod eo pertinet, ut sciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, si defunctus codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum ut voluntatem intestati, si in hoc parata sit, ut testamentum esset. Neque enim ad validitatem actus civilis sufficit forma, si agentis deest intentio, ut bene D. Tuld. *hic n. 2.* Itaque si quis, verbi causa, codicillis scripserit, hanc voluntatem 1

suum esse testamentum, aut caverit, quæ sunt testamenti propria, nihil à legitimo peti poterit, *l. 1. l. illud 13. §. 1. h. t. l. propen. qui test. fac. l. non codicillum 14. C. de test.* nisi adjicerit, velle se eam voluntatem, si jure testamenti non possit, valere saltem vice codicillorum; quæ cautio vulgo clausula codicillaris dicitur: aut valere quacumque ratione poterit, sive, ut nunc fere, omni meliori modo, *d. l. propen. qui test. fac. l. cohæredi 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 3. in fin. de test. mil. l. Titia 13. de inoff. test. l. Lucius 88. §. ult. de legat. 2. l. ult. §. 1. C. h. t.* de cujus clausulæ vi ac potestate, & an clausula codicillaris à testatore omissa, quibusdam casibus subintelligi debeat, denique an præsumendum sit, ex stylo & consuetudine notarii eam clausulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris; vid. Mant. *de conject. ult. vol. lib. 1. tit. 9. & 19.* add. Gail. *obs. 114.* Chiflet. *lib. 3. de jur. fideic.* Schneid. *hic, cap. de clauf. codic.* & eruditissimum Jo. Dechetum *lib. 1. differ. 8. num. 27. & seqq.* Christin. *vol. 4. dec. 32.* Ant. Fab. *Cod. suo. h. t. fere per tot.* Testa-
2 mento autem condito codicilli, quocumque tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, viresque ex eo capiunt, etiamsi in eo confirmati non sint, *l. 3. §. ult. dict. l. ab intestato 16. hoc tit.* denique infirmato testamento & codicilli concidunt, *l. 1. C. eod. dict. l.*
3 *3. §. ult.* Illud interest inter codicillos testamento nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis relicta etiam directo jure valent, veluti legata, & libertates directo datæ, *l. libertates 43. de man. testam.* perindeque omnia habeantur, ac si in testamento scripta essent, excepta causa hæreditatis, *l. 2. §. 2. hoc tit.* quo loco palam est, Julianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta sunt, sive verbis directis sive precariis; debentur jure fideicommissi, *argum. dict. l. 2. §. ult. l. illud 13. §. 1. hoc tit. l. Scævola 76. ad Senat. Treb.* Illud enim dicere nolim, ea sola, quæ verbis precariis codicillis non confirmatis relicta sunt, valere; neque cum Ant. Fabr. *15. conj. 15.* potentius esse jus codicillorum, qui ante testamentum facti sunt, quàm eorum qui postea scripti, quasi in illis, post rescriptum Imperatorum Severi & Antonini, etiam quæ directo relieta sunt, jure fideicommissi valeant, in his nihil nisi precariis verbis utiliter relinquatur. Quod perquam mihi absurdum videtur. Sed non est, quod de his amplius laboremus: cùm enim confusa nunc sit legatorum & fideicommissorum natura, *l. 2. C. comm. de legat.* dubitandum non est, quin legata codicillis etiam non confirmatis data directo nunc valeant.

Ante testamentum) Meminit tantùm codicillorum factorum ante testamentum, quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent, non videtur fuisse dubitatum, cùm quod quisque postremum cavet, id ratum esse velle satis constet. Fuit quidem usitatum, ut etiam futuri codicilli testamento confirmarentur, ut apparet ex *l. quadam 7. & l. seq. §. ult. l. Plautiana 18. de fideicomm. libert. l. 6. l. ult. C. eod.* sed id fieri solitum majoris securitatis gratia: nam ad validitatem codicillorum specialem hanc confirmationem non fuisse necessariam, patet ex *l. 3. §. ult. hoc tit.* nisi ad hoc, ut legata & libertates datæ directo valerent. Illud quæritur, quatenus codicillis posterioribus et his, quæ testamento cauta sunt, mutare quid aut tollere liceat. Hæreditatem codicillis adimi non posse, translatitium non est. Quam ob causam nec conditio hæredi instituto codicillis adjici potest, *§. seq.* At potest hæres testamento scriptus codicillis rogari, ut hæreditatem restituat, *l. 2. C. hoc tit.* Possunt & fideicommissa testamento relicta codicillis adimi: quinimmo & legata, utique hactenus, ut legatarius ex testamento agens repelli possit exceptione doli mali, arg. *l. 4. §. præterea 10. de dol. mal. except.*

Quàm si speciali postea voluntate) Papinianus existimabat, codicillos ante tabulas testamenti factos non aliter valere, quàm si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmarentur, aut prior voluntas quocumque judicio retineretur, *l. 5. hoc tit.* motus ut credibile est, hac ratione, quod qui post codicillos à se factos testamentum facit, mutet causam successionis, transiens à causa intestati ad causam testati. Quo facto videtur codicillos istos revocare una cum voluntate habendi hæredem ab intestato.

Divi Severus & Antoninus contra) Contra sententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis expressa saltem novo aliquo judicio retenta probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in proposito exigunt, sed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non ostenditur: ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat hæredi, cùm ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret: atque ut nunc præsumptio sit pro codicillis, cùm antea contra esset.

Si appareat eum, &c. non recessisse) Hoc omnino sic accipiendum est cum clarissimo D. Tuld.

Tuld. *cap. ult. hic*, ac si scriptum esset, *nisi appareat, eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quàm in codicillis expresserat, recessisse.* Satis enim apparet non recessisse ex eo ipso, quod non apparet recessisse. Alioqui dici non potest, quid novi circa jus codicillorum rescripto Severi & Antonini introductum sit, cùm ipsi Papiniano suffecerit, voluntatem codicillis declaratam quocumque judicio retentam probari, ut bene disputat Anton. Faber 15. *conject.* 15. Similis loquendi formula in eodem sensu etiam apud veteres occurrit, ut in *l. dotem* 30. *de jur. dot. l. generaliter* 24. §. *sed etsi* 8. *de fideicomm. libert. l.* 8. §. 2. *de novat.* neque enim semper æquè accuratè auctores juris loquuntur. Estque hæc communis usque recepta sententia, codicillos, nisi testamento postea facto revocari probentur, tacitè confirmatos intelligi. Gloss. & Bart. *in l.* 5. *hoc tit.* Mantic. *lib.* 1. *de conject. ult. volunt. t.* 8. Mynf. Schneid. Wesemb. *hic.* Totoque judicio fallitur Hotomannus, qui scribit, hoc jure nos uti, ut nisi retenta voluntas probetur, codicilli per testamentum revocari videantur.

Textus.

Materia.

2. *Codicillis autem hæreditas neque dari neque adimi potest, ne confundantur jus testamentorum & codicillorum: & ideo nec exhæredatio scribi. Directo autem hæreditas codicillis neque dari, neque adimi potest: nam per fideicommissum hæreditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directò quis potest.*

Notæ.

2. *Hæreditas neque dari*) *L.* 10. *eod. l.* 2. *C. eod. l.* 67. *ad SC. Treb.* neque confirmari, *l.* 2. §. *ult. hoc tit. l. pen.* §. 1. *C. de nec. serv. hær.* quamvis cætera codicillis testamento confirmatis etiam directo dari possint, *l.* 3. *de test. tut. l.* 43. *de man. test. l.* 2. §. 2. *hoc tit.* Non obstant *l.* 77. *de hær. inst. l.* 10. *de cond. inst.* Nam illic non proponuntur species hæreditatis codicillis datæ aut confirmatæ, sed datæ testamento, quod codicillis declaratur.

Neque adimi) Quæ testamento data aut lege debita, *l.* 4. *C. de his quæ ut indign.* Hoc autem superiori consequens est ex doctrina contrariorum, *l. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *C. h. t.* & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur hoc text. fac. *l.* 14. *C. de testam.*

Ne confundatur jus testam.) *L.* 7. *C. eod.* aliam rationem affert Papin. *l.* 10. *C. eod.*

Per fideicommissum) Seu verbis precariis, *l.* 2. *C. h. t.* quo casu hæres scriptus aut legitimus quartam partem sibi retinere potest ex *SC. sup. de fideic. hær.*

Nec conditionem adjicere) Neque detrahere: qui adjicit, in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitat: qui detrahit, de purè danda, quæ prius in defectum conditionis data non erat, *l.* 6. *hoc tit. l. pen.* §. *ult. de cond. instit.*

Commentarius.

1 *Hæreditatem codicillis dari aut adimi non posse, nec si testamento confirmati sint; & quæ hujus juris ratio?*

2 *Regulam hanc intelligi de hæreditate directò danda, non per fideicommissum. Et quid inter hæc intersit?*

3 *Consequens esse superiori regulæ, instituto hæredi codicillis neque conditionem rectè adjici, neque detrahi, neque directò substitui.*

Ut cætera omnia codicillis vel ab intestato factis, vel à testato, licet testamento non confirmatis, relinqui possint, maxime novo jure post exæquationem legatorum & fideicommissorum; hæreditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, *l. quod per manus* 10. *hoc tit. l.* 2. *C. eod. l. Scævola* 76. *ad SC. Treb.* & militis in hoc privilegium agnoscimus, quod codicillis hæredem facere possit, *l. militis* 36. *de test. mil.* Datur enim hæreditas per institutionem hæredis aut substitutionem directam, quod solius testamenti proprium est: neque in ullum alium actum sive inter vivos sive ultimæ voluntatis aut donationis mortis causa conferri potest, *l.* 7. *C. hoc tit. l. licet* 19. *C. de pact. l. cum donationis* 34. *C. de transact. l.* 5. *C. de pact. conv. tam sup. dot. l.* 4. *C. de inut. stip.* Non obstant speciei propositæ in *l. asse* 77. *de hær. inst. l.* 10. *de cond. inst.* illic enim non proponitur hæreditas data aut confirmata codicillis, sed data testamento, quod codicillis declaratur, aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem posito, hæreditatem codicillis dari non posse, consequens est ex doctrina contrariorum, nec codicillis posse adimi, scilicet his, qui vel in testamento scripti sunt, vel ex lege sunt hæredes, *l. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *C. hoc tit. l.* 4. *C. de his quib. ut indign.* & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur, *fac. l. non codicillum* 14. *C. de test.* 1

Ne confundatur jus testamentorum) Et ne alioqui: quod absurdum & præposterum est, per codicillos, qui ex testamento vim sumunt, ipsum testamentum, quod vires per institutionem hæredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus disputat in *d. l. quod per manus 10. hoc tit.* Nimirum si hæreditas codicillis vel dari vel adimi posset, sequeretur, & confirmari testamentum & revocari per codicillos posse: denique idem posse, idem esse codicillos, quod testamentum. Cur ergo hæc distinguerentur? Cur diversum nomen inderetur iis rebus quas vis ac potestas una sociasset? collectio est Constantini in *l. 7. C. hoc tit.*

2 *Directo autem hæreditas, &c. nam per fideicommissum*) Quod toties traditum est, *hæreditatem codicillis nec dari nec adimi posse*, sic accipitur, ut directo non posit dari, puta hærede codicillis instituto aut substituto, *dict. l. 7. C. h. tit.* nec directo codicillis adimi, puta quæ aut testamento data est, aut lege debita, *l. 4. C. de his quib. ut indign.* Cæterum per fideicommissum seu verbis precariis etiam codicillis hæreditas jure relinquitur, *l. C. hoc tit.* daturque & adimitur. Dari intelligitur ei, cui hæreditas restitui rogatur; adimi ei, qui rogatur restituere. Nam licet is ipso jure adhuc hæres maneat, manet tamen nomine tantùm, effectu autem is hæres fit, cui hæreditas restituitur. Multum verò interest, utrum dicamus codicillis directo hæreditatem relinqui posse an per fideicommissum dumtaxat: nam directo reliqua semper tota capitur ab instituto; relicta per fideicommissum non capitur à fideicommissario, nisi imminuta detractione quartæ Falcidiæ, si is, qui rogatus est restituere, jure suo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum hæres manet. Porro cùm confirmatio quoque in speciem directæ dationis cadat, negat Jurisconsultus *in l. 2. §. ult. hoc tit.* hæreditatem testamento inutiliter datam posse codicillis quasi hæreditatem confirmari; sed tantum ex fideicommisso peti salva ratione legis Falcidiæ. Unde Justinianus secundum veteres leges sic definit, hæreditatem codicillis neque dari neque confirmari posse, *l. pen. §. 1. C. de nec. serv. hær. inst.*

3 *Nec conditionem adjicere*) Hæredi purè instituto conditio codicillis adjici non potest, *L. Divi. 6. in pr. hoc tit.* quia scilicet conditione adjecta testator in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitasse intelligitur, *l. quidam 27. §. ult. de cond. inst.* Quod si codicillis adjicere conditionem institutioni non licet, multo minus licebit detrahere, cum hoc casu purè hæreditas detur, quæ prius in defectum conditionis data non erat.

Neque substituere directo) Nam qui directo substituit, in defectum prioris hæredis alium hæredem instituit. Est enim species institutionis substitutio, *l. 1. de vulg. & pup.* planè interdum directis verbis facta in codicillis substitutio ad fideicommissum trahitur benigna interpretatione, *l. Scævola 76. ad Treb.* In universum autem si constet, aliquem, qui testamentum non habebat, codicillos, non testamentum facere voluisse, in ea scriptura directa institutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clausula codicillaris adjecta non sit, in vim fideicommissi valere placet, perindeque haberi, ac si legitimus hæres rogatus esset scripto in codicillis hæreditatem restituere, *l. 13. §. 1. hoc tit.* & ibi Bart. Bald. & alii, & in *l. 7. de vulg. & pupill.* eoque jure utimur.

TEXTUS.

Numerus & solemnitas

3. *Codicillos autem etiam plures facere potest: & nullam solemnitatem ordinationis desiderant.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur cùm plura testamenta unius hominis esse non possint, plures possint esse codicilli?*
2 *Codicillos non esse omnino sine aliqua solemnitate ordinationis: quod tamen non pertineat ad confirmatos testamento.*
3 *Utrum mulier in codicillis rectè testis adhibeatur.*

NOtantur hìc & aliæ differentiæ inter testamentum, & codicillos. Plura testamenta unius hominis esse non possunt, quamvis pluribus codicibus seu exemplis unum idemque testamentum fieri posit, *§. pen. sup. de test. ord.* Nam cùm unumquodque testamentum universam successionem contineat, si novissimam testatoris voluntatem servari placet, prius semper per posterius rumpatur necesse est, *§. 2. sup. quib. mod. test. inf.* Codicillos autem plures non modo pluribus exemplis quis facere potest, sed etiam diversos & diversarum rerum, *l. 6. §. 1. b. t.* nec quicquam per posteriores de prioribus detrahitur, nisi sint contrarii, *l. 3. C eod.* 1

Nullam solemnitatem ordinationis) Existimo, hoc è veteris alicujus Jurisconsulti commentariis sumptum, qui ante Theodosium vixit, & forte ex Marciano *d. l. 6. §. 1. hoc. tit.* Nam Theodosius quinque testes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc est, uno actionis contextu, coram iis negotium ab-

absolvatur, & si in scriptis fiant, etiam testium subscriptionem desiderat; *l. ultim. §. ult. C. hoc tit.* Quæ sanè declarant, codicillos nunc non omnino esse sine solemnibus & subtilitate ordinationis, *fac. l. ult. C. de fideic. §. ult. sup. de fideic. hær.* & jejuna illa quorumdam distinctio est inter solemnitatem ordinationis & probationis. Nam solemnitas omnis, etiam in testamento non alia de causâ requiritur, quàm ut certo de voluntate defuncti constare possit. Enim verò in codicillis testamento confirmatis non puto necesse esse ea adhiberi, quæ à Theodosio præcipiuntur. Quippe quod his codicillis relictum est, perinde habetur, ac si ipso testamento relictum esset, *l. 2. §. 2. hoc tit.* ut proinde ad horum relictorum vim solemnitas testamenti sufficere debeat, *argum. l. asse 77. de hæred. inst. l. 10. de cond. inst.* atque etiam secundum ipsam constitutionem Theodosii. Quæsitum est, an etiam mulier in codicillis testis adhiberi possit? vulgo placet posse, propterea quod non uti in testamento, ita in codicillis expresse prohibita est testimonium dicere. Gloss. & DD. comm. in *d. l. ultim. §. ult. C. hoc tit.* Grass. *§. testamentum quæst. 57. num. 4.* Mynsing. Scheid. *hic.* Cæterum mihi non fit verisimile, ullos actus solemnes adhibitis mulieribus apud veteres expediri potuisse: & Theodosius non qualitate & sexu, sed numero tantùm testes codicillarios à testamentariis distinguit. Revise ad ea, quæ scripsi ad *§. testes. 6. sup. de testam. ord.* Apud nos codicilli, item ut testamenta passim confici solent coram duobus testibus & Tabulario, Jusque & nomen testamentorum ac codicillorum fere confusum. D. Coren. *obs. rer. jud. 31. sect. pen.* Grot. *2. introduct. 22.* Groenevv. *de legib. abrog. hic.* Vinn. Defendit Vinnii sententiam satis operosè V. C. Reinold. *in Var. cap. 5.* Sed res clara videtur. In testamentis condendis testibus opus erat talibus, quibuscum olim fuerat testamenti factio in commitiis calatis, quia is actus jure vetustissimo lex erat populi suffragiis perlata, jure novo solemnis mancipatio hæreditatis. Omnia ergo hic solemnia. At codicilli erant epistolæ, ut supra ostendimus. Quis epistolis testes adhibet? quis in iis solemnitatem requirit? Valebat hujusmodi epistola, etiam non obsignata, dum de ejus fide constaret. *l. 89. pr. ff. de legat. 2.* quia enixæ voluntatis preces ac omnem successionis speciem porrectæ videbantur. *l. 77. §. 23. ff. eod.* Testes ergo adhibebantur ab iis, qui nuncupativè fideicommittebant. Et ita intelligenda *l. 22. C. de fideicomm.* Postea etiam in scriptis codicillis intestatorum testium opus erat præsentia per *l. 1. C. Theod. de test. & codicill.* non solemnitatis causa, *sed ut testantium successiones sine aliqua captione serventur.* Ergo non solemnitatis caussa adhibendi, sed probationis caussa. Nec aliud voluit Theodosius, dum in omnibus codicillis testes requisivit. *l. ult. C. h. t.* Atqui & fœminarum testimonium fidem facit in his, ubi solemnitatum deest scrupulosa observatio. *l. 20. §. 6. ff. qui test. fac. poss. l. 18. ff. de test.* Quare à testamentis ad codicillos collectio non procedit. Hein.

Finis Libri secundi.